250 v

14955

Motive

zu dem

Entwurf

einer

Deutschen Gemeinschuldordnung.

[2,2]

II. Band.

(Enthaltend das zweite bis fünfte Buch, §§. 73. bis 264. des Entwurfs.)

VI 60

Min. d. Innern

Berlin, 1873.
Verlag der Königlichen Geheimen Ober-Hofbuchdruckerei
(R. v. Decker).

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

4° J. pract.
250 v

Entwurf

Motive

zu dem

Entwurf

einer

Deutschen Gemeinschuldordnung.

II. Band.

(Enthaltend das zweite bis fünfte Buch, §§. 73. bis 264. des Entwurfs.)

Berlin, 1873.
Verlag der Königlichen Geheimen Ober-Hofbuchdruckerei
(R. v. Decker).

G. n. 220

Inhalts-Verzeichniß.

Drittes Buch.

Viertes Buch.

Fünftes Buch.

BIBLIOTHECA REGIA MONACENSIS

BIBLIOTHECA REGIA MONACENSIS

Zweites Buch.

Gemeinschuldverfahren.

Erster Titel.

Allgemeine Bestimmungen.

Das Gemeinschuldverfahren steht in engem Zusammenhange mit dem allgemeinen Prozeßrecht. Zwar ist der Konkurs seinem Wesen nach nicht ein Prozeß, sondern eine Vermögensauseinandersetzung, und die Theilnahme des Gerichts an demselben ist zum großen Theile nur als ein Ausfluß der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu erachten. Daher entsprach es allerdings nicht der Natur der Sache, wenn die gemeinrechtliche Praxis das ganze Verfahren in den Rahmen eines Prozesses einzwängte, und dasselbe, abgesehen von der eigentlichen Vermögensverwaltung, stufenweise in den strengen Formen eines Rechtsstreits sich vorwärts bewegen ließ, auch da, wo es an jedem Streite fehlte. Aber das Verfahren hat immerhin einzelne Abschnitte, in denen die Betheiligten als Parteien einander gegenüberstehen und die Entscheidung des Richters anrufen; diese müssen prozessualisch gestaltet werden, auf sie findet das allgemeine Prozeßrecht direkte Anwendung. Dies gilt von dem Eröffnungsverfahren, den Streitverhältnissen beim Akkorde ꝛc. Und auch in manchen anderen Beziehungen wird die Aehnlichkeit der Verhältnisse zu einer analogen Anwendung der prozeßrechtlichen Vorschriften führen. Inwieweit dies zu geschehen habe, darüber läßt sich eine allgemein zutreffende und erschöpfende Regel nicht aufstellen; die Praxis wird hier ohne Zweifel das Richtige zu treffen wissen. Ueberall aber setzt der Entwurf eine einheitliche Regelung des Prozeßrechts voraus und nimmt an, daß die gegenwärtig vorliegenden Entwürfe einer Deutschen Civilprozeßordnung und eines Gerichtsverfassungsgesetzes im wesentlichen Gesetzeskraft erlangen werden. —

§§. 73—75.

Pr. K. O. §. 115. §. 132. Abs. 6. §. 320.

Die §§. 73. bis 75. handeln von der Zuständigkeit des Gerichts.

Oertlich soll dieselbe sich nach dem allgemeinen Gerichtsstande des Gemeinschuldners, oder, wenn es sich um einen Nachlaß handelt, nach dem Erbschaftsforum (Entw. der Prozeßordnung §. 28.) bestimmen. Dies ist schon jetzt allgemein geltendes Recht und innerlich dadurch begründet, daß eine Abwickelung der gesammten vermögensrechtlichen Beziehungen des Gemeinschuldners in Frage steht. In vereinzelten Fällen könnte der Gerichtsstand der Niederlassung praktische Vortheile gewähren; eine generelle Ausnahme zu Gunsten desselben läßt sich jedoch nicht rechtfertigen; die richtige Handhabung der civilrechtlichen Vorschriften über mehrfachen Wohnsitz wird dem Interesse der Betheiligten in dieser Richtung Genüge leisten [1]).

Für die sachliche Zuständigkeit kommt es zunächst in Frage, ob die Konkurse dem Einzelrichter oder den Kollegialgerichten zu überweisen seien. Man steht hier drei verschiedenen Systemen gegenüber. Die ausschließliche Zuständigkeit der Kollegialgerichte ist in der Preußischen Konkursordnung (§§. 115. 127. 320.), in Bayern (Proz. Ordn. Art. 1177. 1195.) und Lübeck (Konk. Ordn. §§. 4. 5.) angenommen. In Hannover (Proz. Ordn. §. 606.), Baden (Proz. Ordn. §. 9.) und in dem Geltungsbereich der Preußischen Verordnungen vom 26. Juni 1867 besteht dagegen die unbedingte Kompetenz der Amtsgerichte. In Oldenburg (Proz. Ordn. Art. 350.), und Bremen (Debit-Ordn. §§. 1. ff.), sowie nach dem Sächsischen Entwurf einer Konkursordnung (§§. 92. ff.) richtet sich die Kompetenz im einzelnen Falle nach dem Umfange der Aktivmasse oder dem Betrage der angegebenen Ansprüche.

Die Entscheidung der Frage hängt wesentlich davon ab, welche Aufgaben dem Konkursgericht gestellt werden. Diese sind theils richterlicher, theils administrativer Natur. In der Einleitung zu den Motiven ist bereits hervorgehoben, daß der Entwurf bestrebt ist, die administrative Thätigkeit des Gerichts auf das geringste Maß zurückzuführen. Eine direkte Einwirkung auf die Verwaltung soll demselben in keiner Weise zustehen; sein Wirkungskreis beschränkt sich im wesentlichen auf die erste Ernennung des Verwalters, auf die Anordnung von Sicherheitsmaßregeln, auf die Bestimmung der Termine und Fristen und auf die formelle Leitung der Gläubigerversammlungen. Alle diese Funktionen sind der Mitwirkung eines Kollegiums theils unzugänglich, theils nicht bedürftig, und die meisten liegen

1) Vergl. Motive zur Civilprozeßordnung S. 65 ff.

innerhalb der dem Einzelrichter auf anderen Rechtsgebieten bereits zugestandenen Kompetenz.

Auch die richterliche Thätigkeit des Gerichts soll sich in engen Grenzen bewegen. Der Entwurf folgt nicht dem Beispiel derjenigen Gesetzgebungen, welche auf Grund der s. g. vis attractiva des Konkurses nach gemeinrechtlichem Vorbilde dem Konkursgericht die Entscheidung aller zu dem Gemeinschuldverfahren in irgend einer Beziehung stehenden Streitsachen übertragen, mag es sich um eigentliche Gemeinforderungen oder um Ansprüche auf Gegenstände der Aktivmasse und um Anfechtungsprozesse handeln. (Vergl. Bayern Art. 1199. ff., Oldenburg Art. 352., Bremen §§. 88. 95., Lübeck §. 40.) Aus der Natur und den Endzielen des Konkurses ergiebt sich kein genügender Grund, ein solches Ausnahmerecht zu schaffen und Personen, welche gänzlich außerhalb des Konkurses stehen, ihrem ordentlichen Richter zu entziehen. Bloße Zweckmäßigkeitsrücksichten, welche nicht einmal unbestritten sind, können hierfür nicht bestimmend sein. Der Entwurf beschränkt die richterliche Kompetenz des Konkursgerichts als solchen auf diejenigen Entscheidungen, welche entweder das Rechtsverhältniß aller Gemeingläubiger zum Gemeinschuldner oder Verwalter zum Gegenstande haben, also unmittelbar das Gesammtverfahren betreffen, oder bei denen es sich um solche im Laufe des Verfahrens entstandene Streitigkeiten handelt, die wegen ihres Einflusses auf den Fortgang der Sache mittelbar das Interesse Aller berühren und auf den Weg des förmlichen Prozesses nicht verwiesen werden dürfen. In die letztere Kategorie gehören die Entscheidungen über die Berücksichtigung bedingter und über die vorläufige Zulassung bestrittener oder noch nicht geprüfter Forderungen (§§. 69. 142. 92.); das Gericht hat hierbei gewissermaßen die Stellung eines Arbiter. Unter den ersten Gesichtspunkt fallen zunächst gewisse Entscheidungen, welche mit der Administration im engsten Zusammenhange stehen und die genaueste Kenntniß derselben voraussetzen; so die Disziplinarbestrafung oder Entlassung des Verwalters, die Festsetzung seines Honorars ꝛc. Vornehmlich aber kommen hier die Eröffnung und Aufhebung des Konkurses, die Bestätigung eines Zwangsvergleichs und die Wiedereinsetzung des Gemeinschuldners in Betracht. Die große Wichtigkeit dieser Entscheidungen ist unverkennbar. Aber, was zunächst die Eröffnung betrifft, so handelt es sich erfahrungsmäßig in den wenigsten Fällen um die Entscheidung zweifelhafter Fragen. Wo aber besondere Schwierigkeiten sich ergeben, da sind dieselben in der Regel mehr thatsächlicher, als rechtlicher Natur. Nach dem Rechtsmittelsystem der Prozeßordnung würde nun das Urtheil eines Kollegialgerichts nur mittels der Revision anfechtbar sein, welche dem zweiten Richter eine Prüfung lediglich nach rechtlichen Gesichtspunkten gestattet und daher in den meisten Fällen zwecklos sein würde.

Das Urtheil des Amtsgerichts unterliegt dagegen der Berufung, die eine vollständige Erneuerung des Verfahrens zur Folge hat, sowohl die thatsächliche, als die rechtliche Seite des Falles erfaßt und die Nachholung von Versäumnissen zuläßt, welche bei der gebotenen Eile des Eröffnungsverfahrens mitunter nicht zu vermeiden sein werden. In der Zuweisung vor das Amtsgericht liegt daher eine größere Garantie für die Betheiligten, als wenn man schon in erster Instanz ein Kollegialgericht über die Eröffnung befinden ließe. Aehnlich verhält es sich mit der Bestätigung eines Zwangsvergleichs; zudem bringt der Entwurf (§§. 178. 180.) gegenüber dem, im Gebiete der Preußischen Konkursordnung und der Französischen Gesetze bestehenden Recht eine erhebliche Beschränkung der richterlichen Machtvollkommenheit in Vorschlag, sowohl in der Versagung der Befugniß, den angenommenen Vergleich von Amtswegen zu verwerfen, als in der Begrenzung des Prüfungsrechts durch die Verhandlungsmaxime. Die Aufhebung des Gemeinschuldverfahrens ist nach den Vorschriften der §§. 192. ff. rein thatsächlicher und formeller Natur. Die Wiedereinsetzung des Gemeinschuldners endlich hängt, soweit sie überhaupt zulässig ist (§. 205.), entweder von dem Nachweise der Befriedigung sämmtlicher Gemeingläubiger, oder von der moralischen Würdigkeit und dem Gesammtverhalten des Gemeinschuldners während des Verfahrens ab (§§. 206. 207). Im ersten Falle handelt es sich um eine einfache Beweisfrage, im anderen um ein Urtheil, welches mit Zuverlässigkeit nur aus der unmittelbaren Beobachtung und Leitung des Verfahrens geschöpft werden kann.

Neben diesen Erwägungen darf auch ein wichtiger praktischer Gesichtspunkt nicht unbeachtet bleiben. Die Zahl der künftigen Landgerichte wird nach dem Entwurf des Gerichtsverfassungsgesetzes eine verhältnißmäßig geringe, die Bezirke derselben aber werden, namentlich in weniger bevölkerten Gegenden, sehr große sein. Die Bestellung der Landgerichte zu Konkursgerichten würde daher die von dem Entwurf erstrebte Raschheit und Einfachheit des Verfahrens erheblich beeinträchtigen und berechtigte Beschwerden der Betheiligten, insbesondere der kleinen Gläubiger, über vermehrte Unbequemlichkeiten und Kosten zur Folge haben. Auch dieser Umstand rechtfertigt die von dem Entwurfe angenommene Ueberweisung der Konkurse an die Amtsgerichte. Den Landgerichten wird es dabei nicht an Gelegenheit fehlen, als Berufungs- und Beschwerde-Instanz den Geist des Gesetzes, wo derselbe verkannt sein möchte, zur Geltung zu bringen und gegen etwaige Verstöße der Amtsgerichte Abhülfe zu gewähren. Die Oberlandesgerichte können als die den Landgerichten vorgesetzte Beschwerde-Instanz, und als solche kann nach dem zweiten Absatz des §. 500. der Proz. Ordn., wenngleich höchst selten, selbst das Reichsgericht in Thätigkeit kommen. In dieser geringen Zuständigkeit

der obersten Gerichte möchte ein Bedenken gefunden werden, und allerdings das Bedenken wäre ein gewichtiges, sollte namentlich dem Reichsgericht die Rechtsprechung in Gemeinschuldsachen entzogen werden. Dies ist aber keineswegs der Fall. Die rechtlichen Fragen des Gemeinschuldrechts und Gemeinschuldverfahrens werden ihre Erledigung nicht so sehr in dem Gange des letzteren finden, als in den Rechtsstreitigkeiten, die aus ihm hervorgehen, in den Prozessen zwischen den Gläubigern, den Schuldnern des Kridars und dritten Personen unter einander oder mit dem Verwalter oder dem gewesenen Gemeinschuldner. Und gerade hier gewinnt die Tendenz des Entwurfs, die Attraktion zu vermeiden und alle Rechtsstreitigkeiten dem ordentlichen Rechtsgange zu überlassen, ihre Bedeutung. In der Aburtheilung der Prozesse über streitige Forderungen und Vorrechte, über Absonderungs- und Masseansprüche, der Anfechtungs-, Rechnungslegungs- und sonstigen mit dem Gemeinschuldverfahren zusammenhängenden Prozesse ist das Reichsgericht berufen, die einheitliche Pflege des errungenen gemeinsamen Konkursrechts zu sichern.

Es könnte nur noch in Frage kommen, ob nicht das Gemeinschuldverfahren über das Vermögen eines Kaufmanns da, wo Handelsgerichte bestehen, vor diese zu verweisen sei. Der Entwurf hat davon aus mehrfachen Gründen Abstand genommen. Zunächst sind die hier wesentlich in Betracht zu ziehenden Wünsche des Handelsstandes keineswegs übereinstimmend. Beachtenswerthe Stimmen bestreiten das Bedürfniß und besorgen eine Ueberlastung der Handelsgerichte. Würde auch diese Besorgniß nicht getheilt werden, so unterliegt doch die Bedürfnißfrage erheblichen Zweifeln. Die dem Konkursgericht vorbehaltenen Entscheidungen erfordern nur in seltenen Fällen eine genauere Kenntniß des kaufmännischen Geschäftsbetriebs und kaufmännischer Gebräuche. Das Gebiet der Verwaltung, auf welchem solche Kenntnisse vielfach unentbehrlich sein werden, ist der gemeinschaftlichen Sorge des Verwalters und der Gläubiger frei und selbständig überlassen. Das in den Handelsgerichten vertretene kaufmännische Element würde daher keine Gelegenheit haben, sich geltend zu machen. Obwohl in Bremen die Debitverordnung als ein wesentlich kaufmännisches Gesetz betrachtet wird, und dort seit vielen Jahren ein Handelsgericht besteht, sind die kaufmännischen Fallitsachen nicht an dasselbe verwiesen; dort wird die Bedürfnißfrage entschieden verneint[1]). — Im übrigen finden die Gründe, welche für die Ausschließung der Landgerichte bestimmend gewesen sind, größtentheils auch den Handelsgerichten gegenüber Anwendung. Man würde ferner die von dem Entwurf aufgegebene Unterscheidung

1) Vergl.: »Das Bremische Moratorial- und Akkordverfahren 2c.« Eine Denkschrift 2c, Bremen 1871, S. 43, 44; 28, 29; 4.

zwischen kaufmännischem und gemeinem Konkurse indirekt wieder ins Leben rufen und, da die Frage, ob ein Gemeinschuldner als Kaufmann zu erachten, keineswegs immer zweifellos ist, häufig zeitraubende Kompetenzkonflikte gerade in demjenigen Augenblick zu gewärtigen haben, in welchem ein rasches Zugreifen von der höchsten Bedeutung ist. Es würde endlich unerläßlich sein, nach dem System des französischen und preußischen Rechts die Thätigkeit des Handelsgerichts in eine kollegiale und eine kommissarische zu theilen und diese Theilung durch eine Reihe besonderer Vorschriften zu regeln, welche nicht blos den Entwurf, sondern auch das Verfahren seines einheitlichen Charakters entkleiden müßten. Alle diese Erwägungen haben es räthlich erscheinen lassen, in Uebereinstimmung mit den Gesetzgebungen von Bayern (Proz. Ordn. Art. 1177.), Württemberg (Proz. Ordn. Art. 909., Einf. Ges. zum H. G. B. Art. 42.), Baden (Proz. Ordn. §. 9.) und Bremen (Debit-Ordn. §§. 1. ff.) die Handelsgerichte, unbeschadet ihrer Zuständigkeit in den vorkommenden Spezialprozessen 2c., von der Behandlung der Konkurse gänzlich auszuschließen.

Bei einer Kollision unter mehreren zuständigen Gerichten kann naturgemäß nur die Prävention den Ausschlag geben. Die Preußische Konkursordnung, nach ihr die Oesterreichische (§. 58.) und der Sächsische Entwurf (§. 95.) lassen die Prävention durch die Eröffnung des Konkurses begründen; Bayern (Art. 1177.), Württemberg (Art. 910.), Hannover (§. 606.) und Oldenburg (Art. 348.) durch die erste Verfügung oder deren Bekanntmachung. Der Entwurf erklärt die Priorität des Eröffnungsantrags für entscheidend, um jedes doppelte Vorverfahren zu vermeiden. —

§. 75.

legt dem Gericht die Befugniß bei, auf Antrag Zeugen zu vernehmen. Soweit dasselbe als Prozeßgericht fungirt, bedarf es einer solchen Vorschrift nicht; darüber hinaus aber würde die Verpflichtung, einer Zeugenladung des Gerichts in gleicher Weise wie in einem Civilprozesse Folge zu leisten, mindestens zweifelhaft sein. Die Bestimmung will hauptsächlich die Information der Verwaltungsorgane erleichtern. Für alle Betheiligten muß es wünschenswerth sein, bei der Behandlung schwebender Rechtsgeschäfte, bei der Prüfung von Eigenthums- und Absonderungsansprüchen oder Gemeinforderungen, bei der Ausübung des Anfechtungsrechts und ähnlichen Entschließungen nicht ausschließlich auf die oft unzuverlässige oder gar nicht zu erlangende Auskunft des Gemeinschuldners oder auf unsichere Privaterkundigungen sich angewiesen zu sehen. Zahlreiche Prozesse können durch eine vorgängige Zeugenvernehmung vermieden und dadurch das ganze Verfahren erheblich abgekürzt werden. Der Antrag auf Zeugenvernehmung steht jedem Betheiligten

zu; gegen Mißbrauch des Rechts, namentlich gegen chikanöse Belästigung des Publikums wird die richterliche Prüfung schützen. (Vergl. auch §. 324. des Entwurfs der Civilprozeßordnung.) Die französische und belgische Gesetzgebung (Code de comm. art. 474., Ges. v. 28. Mai 1838 art. 477., Ges. v. 18. April 1851 art. 485.), sowie die Preußische Konkursordnung (§. 132.) enthalten ähnliche Bestimmungen, deren Fassung jedoch in der Praxis zu Zweifeln Veranlassung gegeben hat. Der Entwurf gebraucht das Wort »Zeugen« im technischen Sinne und will dadurch die entsprechende Anwendung der Vorschriften der Prozeßordnung (§§. 326. ff. des Entwurfs) über den Zeugenbeweis, insbesondere über die Zeugenpflicht, die zulässigen Zwangsmittel, die Beeidigung, die Entschädigung der Zeugen und die Zuziehung der Betheiligten sicherstellen. Als selbstverständlich ist vorausgesetzt, daß das Gericht jede andere zuständige Behörde in Gemäßheit der Vorschriften über die Rechtshülfe um die Vernehmung eines Zeugen ersuchen kann.

§§. 76—84.

Pr. K. O. §§. 128. ff. 211. ff. 303. 199. 220. 279.; Tarif §§. 1—9.

Die **Ernennung des Verwalters** gewinnt an Wichtigkeit, je größer die Befugnisse sind und je unabhängiger die Stellung, welche das Gesetz demselben gewährt. Ueber den Umfang des auf die Ernennung den Gläubigern einzuräumenden Einflusses ist viel gestritten worden. Es ist von Interesse, einen Ueberblick darüber zu gewinnen, wie die vorzüglich zu beachtenden Gesetzgebungen sich dieser Frage gegenüber verhalten haben.

Wo die Konkursverwaltung in einzelne Stadien getheilt ist und für jedes Stadium besondere Verwalter bestellt werden, gebührt meistens die Ernennung des **einstweiligen** Verwalters dem Gericht. So nach der Preuß. Konk. Ordn. (§. 128.), in Oesterreich (§§. 73. 74.), Bayern (Art. 1195. 1238.), Baden (§. 718., möglichst nach Vernehmung der nächsten bekannten Gläubiger), Bremen (§§. 133. 134. 195. 196.), nach dem Code de commerce (die Agenten unbedingt, art. 456., die provisorischen Syndiken aus einer Präsentationsliste der Gläubiger, art. 480.) und dem Dänischen Konkursgesetze (§. 53). In Ansehung des **definitiven** Verwalters räumen alle diese Gesetze den Gläubigern ein Wahlrecht ein, und zwar entweder bedingungslos (so Oesterreich §. 143., Bayern Art. 1280. 1289., Baden §§. 777. 778., Code art. 527.), oder, wie die Preuß. Konk. Ordn. (§. 213.), beschränkt auf eine für das Gericht bindende Vorschlagsliste, oder endlich, wie Bremen (§§. 148. ff. 209. ff.) und Dänemark (§. 66.), unter Vorbehalt gerichtlicher Bestätigung.

In Frankreich wurde dieser Rechtszustand durch das Gesetz vom 28. Mai 1838 geändert; dasselbe verband die beiden ersten Verwaltungsstadien zu einem, und gestattete den Gläubigern bezüglich der provisorischen sowohl als der definitiven Syndiken nur gutachtliche Vorschläge (art. 426. 529. 536). Diesem Vorbilde ist, jedoch unter Beibehaltung der Dreitheilung in der Verwaltung, das für die preußische Rheinprovinz erlassene Gesetz vom 9. Mai 1859 (Art. 480. 527.) gefolgt.

Von denjenigen Staaten, welche den Unterschied zwischen einstweiliger und definitiver Verwaltung nicht kennen, gewähren England (Bankr. Act von 1869 s. 14) und Spanien (H. G. B. art. 1068. ff.) den Gläubigern ein uneingeschränktes Wahlrecht; bis zur Ausübung desselben läßt jedoch England (s. 17, 83[3], 84.) die Funktionen des trustee durch einen Beamten des Konkursgerichts, den registrar, wahrnehmen. In Hamburg (Art. 4. ff.), in Lübeck (§§. 43. ff.) für die handelsgerichtlichen Konkurse, und in den Vereinigten Staaten von Nordamerika (Gesetz vom 2. März 1867 s. 13.) unterliegt die Wahl der Gläubiger der Bestätigung des Gerichts. Ein ausschließliches Ernennungsrecht des letzteren besteht in Württemberg (Art. 912.), wo die Gläubiger sowohl als der Gemeinschuldner nur den ernannten Güterpfleger und Gantanwalt aus erheblichen Gründen verbitten können; in Lübeck (§. 42.) für die nicht kaufmännischen Konkurse; in Holland (H. G. B. §§. 787. 788.) und in Belgien (Fallim. Ges. art. 455. ff. 528). In Hannover endlich (Proz. Ordn. §. 615.) wird zwar der Kurator von dem Gericht ernannt, diese Ernennung ist aber bis zum Anmeldungstermine nur eine einstweilige; sind die in diesem Termin erschienenen Gläubiger unter sich und mit dem Gemeinschuldner über die Person des zu bestellenden Kurators einverstanden, so ist das Gericht an diese Wahl gebunden; sonst geschieht die Wahl nach Stimmenmehrheit der erschienenen Gläubiger; ihre Bestätigung darf nur aus erheblichen und namhaft zu machenden Gründen versagt, und die Entscheidung kann im Beschwerdewege von dem Gemeinschuldner und jedem Gläubiger angefochten werden.

Die vielfach laut gewordene Forderung, daß die Bestellung des Verwalters vollständig in die Hände der Gläubiger gelegt werde, hat hiernach nur in wenigen Rechtsgebieten unumwundene Anerkennung gefunden, die Rechtsentwickelung in den meisten großen Handelsstaaten hat sich ihr vielmehr abgeneigt erwiesen.

Der Standpunkt des Entwurfs ist ein vermittelnder.

Nach der in den Motiven zum ersten Buch entwickelten Auffassung geht die vermögensrechtliche Stellvertretung des Gemeinschuldners nicht auf die Gläubiger, sondern kraft des Gesetzes auf den Verwalter über. Dieser soll Kurator des Gemeinschuldners, nicht Mandatar der Gläubiger sein. In der Erfüllung

seiner Aufgabe, das Verfügungs- und Verwaltungsrecht des Gemeinschuldners zum Zwecke der Befriedigung der Gemeingläubiger auszuüben (§. 8.), soll er nach Innen und Außen unabhängig dastehen, soweit nicht das Gesetz etwas Anderes positiv vorschreibt. Sein Amt muß daher in gewissem Sinne einen öffentlichen Charakter an sich tragen, und diesen kann es nur durch obrigkeitliche Verleihung erlangen. Die Ernennung und Verpflichtung des Verwalters durch das Gericht ist deshalb unter allen Umständen erforderlich und die alleinige Quelle seiner Befugnisse. Nichtsdestoweniger ist die Forderung als vollständig berechtigt anzuerkennen, daß für das Gericht der übereinstimmende Wille der Betheiligten maßgebend sein müsse; nur darf nicht vergessen werden, daß zu den Betheiligten auch der Eigenthümer der Masse, der Gemeinschuldner gehört. Derselbe hat ein nicht minder großes Interesse an der Verwaltung und Verwerthung der Masse, als die Gläubiger. Stehen Beider Anträge einander gegenüber, so liegt einer der Kollisionsfälle vor, in welchen das Gericht nach freiem Ermessen entscheiden muß.

Aus diesen Erwägungen sind die Bestimmungen des Entwurfs hervorgegangen (§§. 76. 78). Wenn dieselben die Ernennung des Verwalters der Anhörung der Betheiligten vorhergehen lassen, so ist hierbei keineswegs eine Schmälerung der Rechte der letzteren beabsichtigt; die Bestimmung beruht lediglich auf dem praktischen Bedürfniß. Daß bei der Einleitung und Eröffnung des Verfahrens die Berufung der größtentheils noch unbekannten Gläubiger nicht abgewartet werden kann, liegt auf der Hand; aber auch bei einem späteren Ausscheiden des Verwalters kann die Masse ohne Gefahr nicht so lange unvertreten bleiben. Selbstverständlich muß nur den Gläubigern und dem Gemeinschuldner baldmöglichst Gelegenheit gegeben werden, ihr Widerspruchs- und Wahlrecht geltend zu machen. Der §. 112. des Entwurfs läßt hierzu bei der Eröffnung des Konkurses sofort von Amtswegen einen nahen Termin anberaumen. Für später vorkommende Fälle ist davon ausgegangen worden, daß in der Regel die nächste Gläubigerversammlung zeitig genug anstehen werde; die Berufung einer besonderen Versammlung ist aber nicht ausgeschlossen und kann nöthigenfalls auf dem im §. 90. vorgesehenen Wege veranlaßt werden. Die nach §. 94. erforderliche Ergänzung einer etwa schon bekannt gemachten Tagesordnung gehört zu den amtlichen Obliegenheiten des Gerichts; eventuell ist jeder Gläubiger berechtigt, dieselbe zu betreiben. — Eine in der Versammlung durch gültigen Mehrheitsbeschluß der Gläubiger vorgenommene Neuwahl ist für das Gericht bindend, wenn der Gemeinschuldner nicht widerspricht; sie kann auch im Falle eines Widerspruchs berücksichtigt werden. Unwiderruflich ist die Ernennung für das Gericht (abgesehen von der nach §. 82.

zulässigen Entlassung) nur dann, wenn die Gläubiger keine Neuwahl vornehmen. Uebrigens macht die bedingte Möglichkeit eines Widerrufs die Ernennung des Gerichts nicht bis zur Abhaltung der nächsten Gläubigerversammlung zu einer blos provisorischen; sie ist, unbeschadet der etwaigen Berufung eines Anderen, definitiv und überträgt auf den Verwalter die ganze Fülle der demselben zustehenden Befugnisse. Eine abweichende Auffassung würde nicht nur bei dem Verwalter ein lähmendes Gefühl der Unsicherheit hervorrufen, sondern auch mit der oben hervorgehobenen Bedeutung der obrigkeitlichen Verleihung seines Amtes nicht im Einklang stehen.

Es verdient Erwähnung, daß in denjenigen Rechtsgebieten, in welchen die Wahl des Verwalters den Gläubigern freigegeben ist, dieselbe erfahrungsmäßig fast ohne Ausnahme lediglich eine Bestätigung der einstweiligen Ernennung des Gerichts ergiebt. Diese Thatsache dürfte beweisen, daß der Streit um eine Erweiterung der Gläubigerrechte, so lebhaft derselbe zuweilen geführt worden, auf diesem Gebiete von mehr theoretischer, als praktischer Bedeutung ist. —

Für die Gerichte würde es in hohem Grade wünschenswerth sein, wenn denselben die im Einzelfall ebenso schwierige wie verantwortliche Auswahl des Verwalters durch die Beschränkung auf eine bestimmte Klasse von Personen erleichtert werden könnte. Einer solchen Beschränkung stehen jedoch erhebliche Bedenken entgegen. In England sollte nach dem Gesetz vom 20. Oktober 1831 der Güterpfleger von dem Kommissar für jeden einzelnen Konkurs aus einer durch den Lordkanzler für London und für die Grafschaften festgestellten Liste geeigneter Kaufleute, Makler oder Rechnungsführer ernannt werden. Dieser official assignee fungirte sodann nicht nur als Interimskurator, sondern er blieb auch nachher neben dem aus der Gläubigerwahl hervorgegangenen Verwalter in Thätigkeit und vermittelte namentlich den gesammten Geldverkehr. Schon 1861 sah man sich veranlaßt, die Befugnisse der Offizialverwalter erheblich einzuschränken, und in der Bankruptcy Act von 1869 sind dieselben auf Grund der fortdauernden Klagen über ihre Unzuverlässigkeit und Untreue vollständig beseitigt[1]). In Belgien besteht noch gegenwärtig das ähnliche, durch die Fallimentsordnung von 1851 eingeführte Institut der vom Könige auf Vorschlag der Appellhöfe und Handelsgerichte ernannten liquidateurs assermentés; dieselben werden aber nur für die Bezirke bestellt, in denen nach der Zahl und Wichtigkeit der vorkommenden Konkurse ein Bedürfniß vorliegt, und auch hier sind die Handelsgerichte an sie im einzelnen Falle nur insoweit gebunden, als nicht wegen Entfernung, Verwandtschaft, kolli-

1) Vergl. Goldschmidt, Zeitschrift für Handelsrecht I. S. 44, II. S. 21 ff., VIII. S. 519, XV. S. 360, 364.

dirender Interessen oder aus anderen berechtigten Verdachtsgründen (autres motifs de suspicion légitime) die gute Verwaltung des Falliments eine andere Wahl erfordert (Gesetz vom 18. April 1851 art. 455. ff. 470). Damit ist thatsächlich dem Ermessen des Gerichts der größte Spielraum gelassen. — Es ist erwogen worden, ob es nicht für Deutschland sich empfehlen möchte, die Konkursverwalter ausschließlich aus dem Notariat hervorgehen zu lassen. Die praktische Erfahrung der Notare auf dem Gebiete der Vermögensverwaltung, welche recht eigentlich zu ihrem Berufe gehört; das Vertrauen, dessen sie sich als Rathgeber des Publikums in geschäftlichen Angelegenheiten aller Art erfreuen; ihre Rechtskenntnisse und die in ihrer amtlichen Stellung und ihrem Standesbewußtsein liegenden Garantien scheinen für ihre vorzugsweise Befähigung zu dem Amte eines Konkursverwalters zu sprechen. Unbeschränkt gilt dies aber doch nur für diejenigen Rechtsgebiete, in welchen nicht die freie Entwickelung des Notariats durch seine Verbindung mit der Anwaltschaft verkümmert ist. Ferner ist zu befürchten, daß sonstige Berufsgeschäfte es gerade den tüchtigsten Notaren vielfach unmöglich machen werden, sich mit derjenigen Energie und Ausschließlichkeit den Aufgaben der Konkursverwaltung zu widmen, welche in größeren und verwickelteren Sachen geboten ist. Endlich werden in vielen Fällen für den Verwalter spezifisch kaufmännische oder technische Kenntnisse erwünscht sein, deren Vorhandensein bei den Notaren in der Regel nicht vorausgesetzt werden kann.

Der Entwurf hat sich deshalb für das von der Preußischen Konkursordnung, der französischen und den meisten neueren Gesetzgebungen angenommene System vollständiger Freiheit der Auswahl um so mehr entschieden, als unter der Herrschaft desselben die günstigsten Erfahrungen gemacht worden sind. Nach den gegebenen Verhältnissen hat dasselbe naturgemäß zu einer sehr verschiedenen Praxis geführt. In den großen Städten sind bald unter den Handel- und Gewerbtreibenden tüchtige Persönlichkeiten ermittelt worden, deren Zuverlässigkeit und geschäftliche Gewandtheit in der Erledigung der ihnen aufgetragenen Verwaltungen die Gerichte bestimmt hat, regelmäßig auf sie zurückzugreifen; thatsächlich hat sich hier eine Klasse von ständigen Konkursverwaltern entwickelt, welche alle Vorzüge der belgischen liquidateurs assermentés, aber ohne die Nachtheile einer gesetzlich monopolisirten Kaste, in sich vereinigt. Auch in weniger gewerbreichen Gegenden ist es vielfach gelungen, durch Kommunikation mit den Ortsbehörden und Handelskorporationen außerhalb der geschlossenen Beamtenkreise geeignete Konkursverwalter zu finden. In den rein ländlichen Bezirken endlich hat man in der Regel die grundsätzlich nirgendwo ausgeschlossenen Rechtsanwalte und Notare oder erfahrene Büreaubeamte zu Verwaltern ernannt. Die Möglichkeit, sich jeder tüchtigen Kraft zu

bedienen, hat es gestattet, die Besonderheiten des Einzelfalles in umfassendster Weise zu berücksichtigen, und wenn Klagen laut geworden sind, so richten sich dieselben weniger gegen die von den Gerichten getroffene Auswahl, als gegen den Mangel an geeigneten Verwaltern überhaupt. Diesem Uebelstande vermag kein Gesetz abzuhelfen.

Einer Ernennung des Gemeinschuldners zum Verwalter steht auch ohne ausdrückliches Verbot der §. 8. entgegen. Die absolute Ausschließung seiner nahen Verwandten aber, wie sie mehrfach wenigstens für den einstweiligen Verwalter vorgeschrieben ist, erscheint nicht geboten. Ebensowenig bedarf es besonderer Bestimmungen über den Wohnort des Verwalters. Die Ernennung eines Gläubigers ist nicht unzulässig; sie wird sogar durch einzelne Gesetzgebungen (Holland §. 787., Spanien art. 1070.) begünstigt. In allen diesen Beziehungen darf von den Gerichten eine sachgemäße Entscheidung und die Berücksichtigung der Wünsche der Betheiligten erwartet werden.

Der Entwurf glaubt jedoch, den Gläubigern und dem Gemeinschuldner gegenüber den Gefahren einer möglichst selbständigen Geschäftsführung des Verwalters materielle Garantien geben zu müssen. Er macht es den Gerichten zur Pflicht, denselben zur Kautionsstellung anzuhalten. Bei den weitgehenden Befugnissen des Verwalters erscheint eine solche Maßregel wenigstens für die Zeit unerläßlich, während welcher den Gläubigern noch jede Einwirkung auf die Geschäftsführung desselben entzogen ist. Die mehrfach ausgesprochene Besorgniß, daß durch Statuirung der Kautionspflicht der ohnehin kleine Kreis der zur Uebernahme des Verwaltungsamts geeigneten und geneigten Personen sich noch mehr verengen werde, mindert sich dadurch, daß die Bestimmung über Art und Höhe der Sicherstellung in das Ermessen des Richters gestellt ist; dieser ist im Stande, in ausgedehntem Maße den schon in der Persönlichkeit oder den sonstigen Verhältnissen des Verwalters liegenden Bürgschaften Rechnung zu tragen. Eine vollständige Befreiung von der Sicherstellung gestattet der Entwurf dem Gericht nur zu Gunsten derjenigen Personen, welche vermöge eines Amtes öffentlichen Glauben haben; hierhin sind alle Beamten zu rechnen, denen das Gesetz die Befugniß beilegt, innerhalb ihres Geschäftskreises öffentliche Beurkundungen zu ertheilen (vergl. Proz. Ordn. Entw. §. 361.), namentlich Notare, Rechtsanwalte, Bürgermeister 2c. Ihre amtliche Stellung bietet für ihre Zuverlässigkeit eine besondere Gewähr und rechtfertigt daher die Ausnahmebestimmung. Die den Gläubigern ertheilte Befugniß, im Einverständniß mit dem Gemeinschuldner die Sicherstellung zu erlassen (§. 79.) — eine Befugniß, welche sowohl auf den durch das Gericht einseitig, als den auf Grund vorheriger Wahl ernannten Verwalter Anwendung findet —, ist ein wei-

terer Ausfluß des den Betheiligten eingeräumten Selbstbestimmungsrechts. Mit Rücksicht auf §. 95. Abs. 2. braucht das Einverständniß des Gemeinschuldners kein ausdrückliches zu sein, wenn ihm nur Gelegenheit gegeben ist, sich zu äußern. Die gesetzliche Kautionspflicht des Verwalters besteht übrigens bereits in Hannover (Proz. Ordn. §. 617.); bei größeren Gerichten im Bereiche der Preußischen Konkursordnung, namentlich bei dem Stadtgericht zu Berlin, ist sie durch die Praxis eingeführt. Nach englischem Recht (Bankruptcy Act s. 14.) unterliegt die Frage der Beschlußfassung der Gläubiger; ebenso in den Vereinigten Staaten, wo aber auch von Amtswegen Kaution verlangt werden kann (Gesetz von 1867 s. 13).

Die Nothwendigkeit einer Verpflichtung des Verwalters durch das Gericht ist bereits erwähnt worden. Gemeinrechtlich gilt eine förmliche Vereidung für erforderlich (Bayer §. 41., Fuchs §. 10). Dieselbe ist ferner vorgeschrieben im Code de commerce für die Agenten (art. 461.), in Belgien (art. 460. 470.), Holland (§. 792.) und Hannover (§. 617). Gegen die Leistung solcher promissorischer Eide besteht jedoch vielfach eine Abneigung, welche um so mehr Beachtung verdient, als erfahrungsmäßig einer unter angemessenen ernsten Formen abgegebenen Versicherung wesentlich dieselbe Bedeutung beigelegt wird. Die meisten neueren Konkursgesetze begnügen sich deshalb mit einer einfachen Verpflichtung (vergl. Preuß. Konk. Ordn. §. 130., Oesterreich §. 75., Bayern Art. 1233., Lübeck §. 47.), und es ist unbedenklich, diesem Beispiele zu folgen. Mit dem Augenblicke der Verpflichtung nehmen die gesetzlichen Befugnisse des Verwalters ihren Anfang. Die öffentliche Bekanntmachung seines Namens und die Ertheilung einer Bestallung sind nur im Interesse des Verkehrs und zur Erleichterung des Legitimationsnachweises vorgeschrieben (§. 80). Dieser Nachweis wird dem Publikum gegenüber, so lange nicht die Beendigung des Amts von dem Gericht bekannt gemacht ist, durch den Besitz der Bestallung vollständig geführt. Insbesondere hat auch ein Stellvertreter nicht weiter darzuthun, daß ein Fall der Verhinderung des Verwalters vorliege. Es ist deshalb von Wichtigkeit, die Bestallung nicht über die Dauer der Amtsthätigkeit hinaus in den Händen des Verwalters, namentlich des Stellvertreters, zu belassen. Vielfach wird es angemessen und thunlich sein, in der einem Stellvertreter auszuhändigenden Bestallung die Beschränkung auf einen bestimmten Zeitraum oder auf die von ihm speziell vorzunehmenden Rechtshandlungen auszusprechen. — Im übrigen findet alles von dem Verwalter Gesagte auch auf einen etwaigen Stellvertreter desselben Anwendung. Die Ernennung eines solchen ist eine Frage des Bedürfnisses, über welche zunächst das Gericht zu befinden hat. Nur ausnahmsweise wird dieselbe sich von vornherein nothwendig erweisen.

Die Ernennung mehrerer Verwalter gestattet der §. 77. des Entwurfs nur für den Fall, daß jedem derselben ein besonderer in sich abgeschlossener Geschäftszweig übertragen werden kann. Dies ist erforderlich, weil anders die Grenzen der Verantwortlichkeit des Einzelnen nicht scharf fixirt werden können. Eine kollegialische Verwaltung unter gemeinsamer Haftbarkeit, wie die französische Gesetzgebung sie zuläßt (Code art. 454. 480. 527., Gesetz von 1838 art. 465.), ist unzweckmäßig und hemmend; ebensowenig kann mehreren von einander unabhängigen Verwaltern eine gegenseitige Haftbarkeit zugemuthet werden. Ist bei einem außerordentlichen Umfang der Geschäfte eine Theilung derselben nach bestimmten Zweigen unthunlich, so muß es dem Verwalter überlassen bleiben, sich der Unterstützung von Gehülfen zu bedienen, welche seiner Beaufsichtigung und seinen Anweisungen unterworfen sind und für deren Thätigkeit er nach Maßgabe der Vorschriften des bürgerlichen Rechts aufzukommen hat.

Nach der Preußischen Konkursordnung (§. 132.) soll der Verwalter seine Amtsverrichtungen mit der Aufmerksamkeit und Sorgfalt ausführen, wie sie gesetzlich einem Bevollmächtigten und Verwalter fremder Sachen obliegt. Gemeinrechtlich pflegt man, wenngleich nicht ohne Widerspruch, die Vorschriften über die Haftpflicht des Vormundes auf den Konkursverwalter analog anzuwenden und demnach nur die s. g. diligentia quam in suis rebus von ihm zu verlangen [1]). Beide Bestimmungen eignen sich, so lange es an einem gemeinsamen Obligationenrecht fehlt, nicht zur Aufnahme in ein deutsches Reichsgesetz, da sie in den verschiedenen Rechtsgebieten einen verschiedenen Inhalt haben würden. Es wäre aber unangemessen, den Grad der Verantwortlichkeit des Verwalters nicht für das ganze Reichsgebiet gleichmäßig festzusetzen. Mit Rücksicht darauf, daß derselbe sein Amt freiwillig und gegen Vergütung übernimmt, dürfte es am richtigsten sein, ihm die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters in eigenen Angelegenheiten zur Pflicht zu machen und ihn daher die culpa levis im römisch-rechtlichen Sinne vertreten zu lassen. So ist die Verantwortlichkeit des Verwalters in Oesterreich (§. 76.), Bayern (Art. 1234.) und Baden (§. 732.) geregelt und diesen Gesetzgebungen schließt sich der §. 81. des Entwurfs an.

Da der Verwalter von dem Gericht ernannt wird, so ist es folgerichtig, ihn auch der Disziplin desselben zu unterwerfen (§. 82). Die Uebertragung derselben auf den Gläubigerausschuß würde weder dem wesentlich koordinirten Verhältniß zwischen diesem und dem Verwalter, noch der offiziellen Stellung des letzteren entsprechen. Keineswegs ist indessen beabsichtigt, das Gericht durch Bei-

1) Vergl. Bayer §. 41. a. E., Fuchs §. 10. a. E.

legung von Disziplinarbefugnissen indirekt zu einer oberen Instanz in Verwaltungssachen zu machen. Der bezeichnende Unterschied liegt darin, daß dasselbe niemals die Zweckmäßigkeit, sondern nur die Pflichtwidrigkeit der Handlungen oder Unterlassungen des Verwalters zu prüfen hat. Direkte Verstöße gegen die gesetzlichen Vorschriften, grobe Vernachlässigung der Amtspflichten ꝛc. können von dem Gericht ohne Einmischung in die eigentliche Verwaltung sehr wohl geahndet werden. In der Regel wird dasselbe nicht von Amtswegen, sondern nur auf Antrag vorgehen. Die zu verhängenden Geldstrafen sollen 200 Mark Reichsmünze nicht übersteigen. Möchten Strafen in dieser Höhe ihren Zweck verfehlen, so ist auf eine ersprießliche Geschäftsführung des Verwalters überhaupt nicht mehr zu rechnen, es muß sodann dem Gläubigerausschuß oder der Gläubigerversammlung überlassen werden, einen Entlassungsantrag zu stellen. Diesen Antrag abzuwarten, gebietet das überwiegende Interesse der Gläubiger an der Sache. Die endgültige Entscheidung kann unbedenklich dem Konkursgericht überlassen werden, da dieses zur sachgemäßen Beurtheilung aller in Betracht kommenden Verhältnisse am besten im Stande sein wird; die Anrufung einer höheren Instanz würde mit den Anforderungen einer prompten Geschäftsführung unverträglich sein. Dem Verwalter gegenüber wird eine sorgfältige Erwägung des Gerichts durch die vorgeschriebene mündliche Verhandlung verbürgt; dem wahren Interesse desselben dürfte auch hierbei die Ausschließung der Oeffentlichkeit, welche die Preußische Konkursordnung (§. 133.) aus schonender Rücksicht für geboten hält, nicht entsprechen.

Daß dem Verwalter neben der Vergütung seiner angemessen verwendeten Auslagen ein Honorar gebührt (§. 83.), bedarf wohl nicht der Begründung. Auch wenn er Gläubiger ist, würde es unbillig sein, ihm mit dem Code de commerce (art. 485.) den Anspruch auf eine Belohnung zu versagen, da es doch immer wesentlich fremde Geschäfte sind, welche er zu besorgen hat. Die Höhe des Honorars sowohl, als der zu erstattenden Auslagen muß zunächst als ein Gegenstand der freien Vereinbarung betrachtet werden. Die Vertretung der in diesem Falle identischen Interessen der Gläubiger und des Gemeinschuldners glaubt hierbei der Entwurf dem Gläubigerausschuß überlassen zu dürfen. Den Gläubigern in ihrer Gesammtheit fehlt die zu einer objektiven Beurtheilung erforderliche Information; ein Beschluß derselben (vergl. Oesterreich §. 161., Bayern Art. 1280. 1293.) würde daher selten sachgemäß ausfallen. Die Forderung der gerichtlichen Bestätigung für ein getroffenes Abkommen (Preuß. Konk. Ordn. §. 134.) verletzt das Selbstbestimmungsrecht der Betheiligten fast eben so sehr, wie die ausschließliche Festsetzung durch das Gericht (Hannover §. 618). Nur Mangels einer Uebereinkunft muß die richterliche Entscheidung eintreten. Diese kann, da die geleisteten Dienste ꝛc. sich

nicht in ihren Einzelheiten darlegen lassen, nur eine arbiträre sein. Der Entwurf überträgt sie daher endgültig dem Konkursgericht, weil dieses allein alle maßgebenden Verhältnisse zu übersehen vermag. Sowohl die Leistungen des Verwalters, als der Betrag der Masse sind bei der richterlichen Bestimmung des Honorars in Betracht zu ziehen. Ein absoluter Maßstab läßt sich bei der großen Mannigfaltigkeit der konkreten Fälle nicht aufstellen. Der der Preußischen Konkursordnung beigegebene Tarif bewegt sich in so weiten Grenzen, daß er schon dadurch seinen Werth verliert; zudem ist das Gericht ermächtigt, in geeigneten Fällen die Tarifsätze zu erhöhen oder zu ermäßigen. Man wird deshalb von einem gleichen Versuche Abstand nehmen müssen.

Daß die Gebühren und Auslagen des Verwalters, ebenso wie die Auslagen der Mitglieder des Gläubigerausschusses zu den Gemeinkosten gehören, ergiebt sich aus der Definition des §. 57.

Der §. 84. enthält Vorschriften über die Schlußrechnung des Verwalters, welche sowohl bei der Beendigung des Verfahrens, als innerhalb desselben bei einem Personenwechsel zur Anwendung kommen sollen. Sie gehen davon aus, daß die Bemängelung der Schlußrechnung zunächst ein individuelles Recht sowohl jedes Gemeingläubigers, als des Gemeinschuldners ist, dessen persönliche Ausübung ihnen nicht entzogen werden darf. Für die Gläubiger liegt hierin das vorzüglichste Mittel, sich der pflichtmäßigen Beaufsichtigung des Verwalters durch den Gläubigerausschuß zu versichern. Als selbstverständlich ist ein noch gegenwärtiges Interesse zur Sache vorausgesetzt. Der vollständig befriedigte Gläubiger ist zur Rechnungsabnahme nicht mehr legitimirt. Anders liegt die Sache bei einer Beendigung des Konkurses durch Akkord; hier fällt freilich die Masse dem Gemeinschuldner zur freien Verfügung zurück; für die Gläubiger ist es aber keineswegs gleichgültig, in welchem Umfange dies geschieht; auch ist noch immer ein Regreß derselben gegen den Verwalter aus schlechter Geschäftsführung oder unrichtiger Darstellung der Sachlage möglich. Es kann deshalb nicht gebilligt werden, wenn die Preußische Konkursordnung (§. 199.) zur Rechnungsabnahme nach bestätigtem Akkorde ausschließlich den Gemeinschuldner beruft.

Für den Fall eines Personenwechsels könnte die Vertretung des Gemeinschuldners dem neu eintretenden Verwalter überlassen bleiben, dessen selbständige Befugniß zur Monitur sich aus dem §. 8. ergiebt. Im Interesse des Letzteren aber, namentlich um demselben seine eigene Schlußrechnung zu erleichtern, empfiehlt es sich, auch den Gemeinschuldner selbst zuzuziehen.

Die übrigen Bestimmungen des §. 84. bezwecken eine gründliche Information der Betheiligten und, soweit sie eine Präklusion androhen, die Siche-

rung des abgehenden Verwalters gegen eine Verschleppung der Rechnungsabnahme.

Die Erledigung der bei der Rechnungslegung sich ergebenden Streitpunkte muß nach den allgemeinen Vorschriften im Prozeßwege erfolgen.

§§. 85—89.
Pr. K. O. §§. 128. 136a. 212. ff.

Nach der gemeinrechtlichen Praxis lag der Schwerpunkt der Verwaltung bei dem Gericht. Trotz des den Gläubigern eingeräumten Vorschlagsrechts war der Kurator in Wirklichkeit lediglich das Organ des Gerichts, welches allein seine Geschäftsführung zu beaufsichtigen und zu leiten hatte. Zwar sollte er bei wichtigen Maßnahmen die Gläubiger oder einen von denselben bestellten Ausschuß hören; die Entscheidung desselben hatte aber nur den Werth eines Gutachtens, welches der freien Prüfung des Gerichts unterlag und erst durch dessen Bestätigung bindende Kraft erhielt. Auf Schritt und Tritt war der Kurator in seiner freien Bewegung durch die Eingriffe des Gerichts gehemmt, und man hielt es sogar für zulässig, bei unbedeutenden Konkursen von der Ernennung eines Kurators gänzlich abzusehen und die Verwaltung vollständig dem Gericht zu überlassen, — eine Auffassung, welche in einigen Partikulargesetzen (Hannover, Oldenburg, Baden), wie auch noch von dem neuesten, dem Dänischen Konkursgesetz (§§. 53. 66.) ausdrücklich sanktionirt ist[1]).

Dieser Zustand befriedigt Niemanden. Mit Recht beschweren sich die Gläubiger über ihre Zurücksetzung und Bevormundung, die Gerichte über die ihnen zugemuthete Verantwortlichkeit auf einem Gebiete, welches außerhalb ihres Berufes liegt und auf dem sie der erforderlichen Kenntnisse und Erfahrungen meistentheils entbehren. Die nothwendige Folge davon ist eine vorwiegend formalistische Behandlung der Geschäfte, welche zwar den Richter vor Regressen schützt, den materiellen Interessen der Betheiligten aber keineswegs entspricht. Dies galt insbesondere auch im Bereich der Preußischen Allgemeinen Gerichtsordnung, deren Bestimmungen über das Konkursverfahren durchweg auf dem gemeinen Recht beruhten.

Die Preußische Konkursordnung von 1855 erstrebte eine durchgreifende Reform. Sie ging davon aus, daß die Gläubiger an der vortheilhaften Verwaltung und Realisirung der Masse nicht nur das größte Interesse hätten, sondern auch dazu am besten geeignet seien, ohne einer fortgesetzten vormundschaftlichen Leitung des Gerichts zu bedürfen; daß daher die Thätigkeit des letzteren sich im

1) Vergl. Bayer S. 114, 117; Fuchs S. 53, 54, 63.

wesentlichen auf die Anordnung der nöthigen Sicherheitsmaßregeln und der vorläufigen Verwaltung, sowie auf eine allgemeine Beaufsichtigung des Verwalters zu beschränken habe, im übrigen aber die Masse den Gläubigern zur möglichst freien Verfügung durch Vertreter überlassen werden könne. In den positiven Bestimmungen der Konkursordnung ist jedoch dieser Grundgedanke nur in sehr unvollständiger Weise zur Geltung gelangt. Zwar gewährt sie dem Verwalter eine größere Selbständigkeit und zieht genauer die Grenzen zwischen seinen Befugnissen und denen des Gerichts. Die administrativen Obliegenheiten des letzteren sind aber sehr umfassende geblieben. Sie äußern sich nicht nur in einer fortgesetzten Beaufsichtigung des Verwalters, welche sogar in Ansehung des Geldverkehrs besonders geregelt ist (§§. 132. 161. 221. 225.), sondern zugleich darin, daß für zahlreiche Dispositionen die Genehmigung des Kommissars, für einzelne außerdem die Bestätigung des Kollegiums vorgeschrieben ist (§§. 144. 158. 159. 222. ff. 256. 260. 264). Die Gläubiger dagegen sind in dem Stadium der einstweiligen Verwaltung, also bis nach Abhaltung des Prüfungstermins und, wenn im kaufmännischen Konkurse bis dahin ein Akkord beantragt ist, bis zu dessen endgültiger Erledigung (§. 211.), gänzlich unvertreten. Die ganze Konstituirung der Aktivmasse vollzieht sich daher in den meisten Fällen ohne ihre Mitwirkung, und ebenso ist die Vorbereitung der Akkordverhandlung ihrem Einfluß vollständig entzogen. Kommt es zur Einrichtung einer definitiven Verwaltung, so **kann** freilich auf Antrag und Präsentation der Gläubiger ein Verwaltungsrath bestellt werden, aber auch hierüber entscheidet lediglich das Ermessen des Gerichts, und der Geschäftskreis eines solchen Verwaltungsraths ist auf die Mitwirkung bei wenigen Verwaltungs- und Liquidationsakten, bei welchen er die Stelle des Kommissars zu vertreten hat, ausdrücklich beschränkt (§§. 212. ff. 217. 222. 223). Nicht einmal das Aufsichtsrecht des Kommissars geht auf den Verwaltungsrath über. Es ist erklärlich, daß die Gläubiger für ein so dürftig ausgestattetes Vertretungsorgan kein lebhaftes Interesse gewannen und vielfach dasselbe geradezu ablehnten. Das Verlangen nach einer Erweiterung ihrer Befugnisse ist nichtsdestoweniger lebendig geblieben und wiederholte Anträge aus den Kreisen des Handelsstandes haben dann die Einführung des s. g. einstweiligen Verwaltungsraths zur Folge gehabt, welcher der Novelle vom 12. März 1869 sein Dasein verdankt. Derselbe soll die Interessen der Gläubiger bei der Ermittelung, Erhaltung und vorläufigen Benutzung der Masse wahrnehmen, über das Inventar, die Bilanz und den Generalbericht des Verwalters gehört und bei dem Akkordverfahren zugezogen werden. Seine Bestellung ist aber gleichfalls nur fakultativ, von dem Befinden des Gerichts abhängig und seine Thätigkeit lediglich eine **gutachtliche**.

Wie das neue Institut sich in der Praxis bewährt hat, darüber ist ein zuverlässiges Urtheil noch nicht möglich; der Entwurf aber glaubt, bei demselben jedenfalls nicht stehen bleiben zu dürfen. Er stellt es sich zur Aufgabe, das allseitig als richtig anerkannte Prinzip der Preußischen Konkursordnung zur konsequenten Durchführung zu bringen und in Wirklichkeit die Gläubiger von jeder Bevormundung, die Gerichte von der Besorgung fremder Angelegenheiten zu befreien. Hierauf beruhen die Bestimmungen über den Gläubigerausschuß.

Die Einsetzung desselben ist obligatorisch (§. 85., vergl. §. 68. des Dänischen Konkursgesetzes). Sie muß es sein, da (auch im Interesse des Gemeinschuldners) dem Verwalter eine unbeschränkte Selbständigkeit nicht eingeräumt werden kann, andererseits aber die Gesammtheit der Gläubiger zur Theilnahme an der Verwaltung durchaus ungeeignet ist und derselben nicht das Recht beigelegt werden darf, dem Gerichte die Vertretung ihrer Interessen aufzubürden. Die nur bei ganz geringfügigen Massen oder bei außergewöhnlicher Einfachheit der Verhältnisse zuzulassenden Ausnahmen sind in dem Titel vom abgekürzten Verfahren vorgesehen (§§. 213. ff.). Nur Gläubiger oder deren Vertreter sollen wählbar sein; die Hereinziehung fremder Elemente, welche die Preußische Konkursordnung (§. 214.) gestattet, widerspricht dem Grundgedanken des Instituts. Die Wählbarkeit aber noch an andere Bedingungen (Wohnort, Höhe der Forderung ꝛc.) zu knüpfen, wäre eine nicht gebotene Beschränkung der Gläubiger. Eine Verpflichtung zur Annahme der Wahl (vergl. Oesterreich §. 84., Hamburg Art. 6. ff.) läßt sich nicht rechtfertigen; es wird auch derselben nicht bedürfen. Jeder Fortschritt auf dem Gebiete der Selbstverwaltung setzt freiwillige Hingabe und persönliche Opfer voraus, und man rechnet darauf selten vergebens, wenn es sich um ein durch Zuweisung eines angemessenen Wirkungskreises lebensfähiges Institut handelt. Die umfassenden Befugnisse, welche der Entwurf dem Gläubigerausschusse einräumt, werden das Interesse der Gläubiger, an demselben theilzunehmen, genügend erregen; wo dies nicht der Fall sein möchte, da wird wenigstens die Erkenntniß, daß die Verwaltung bis zur Einsetzung des Gläubigerausschusses gelähmt ist, und daß ohne denselben der Endzweck des Gemeinschuldverfahrens nicht erreicht werden kann, ihre Wirkung nicht verfehlen.

Die allgemeinen Funktionen des Gläubigerausschusses und der Grad des von ihm zu vertretenden Versehens sind in dem §. 86. angegeben. Er soll nicht über, sondern neben dem Verwalter stehen, diesen aber fortwährend kontroliren und unterstützen. In den Einzelbestimmungen des Entwurfs ist Sorge getragen, daß in keinem Stadium des Verfahrens dem Gläubigerausschuß die Gelegenheit zu ersprießlicher Thätigkeit fehle. Als eine überwachende äußert sich dieselbe u. A. bei

der Aufstellung des Inventars und der Bilanz (§. 123.), im Prüfungsverfahren (§. 141.), beim Geldverkehr und bei der Rechnungslegung (§§. 84. 132. 136.), so- wie in der Befugniß zur vorläufigen Festsetzung von Strafzinsen (§. 137.) und zu dem Antrage auf Entlassung des Verwalters (§. 82). Zu besonders wichtigen oder ungewöhnlichen Dispositionen soll der Verwalter die Genehmigung des Gläubiger- ausschusses einholen, und einzelne Rechtshandlungen bedürfen sogar zu ihrer Gültig- keit der Zustimmung desselben (§§. 133. 134). Eine sehr einflußreiche Stellung ist dem Ausschuß endlich in dem Vertheilungsverfahren (§§. 151. 154. 156.) und bei der Behandlung von Vergleichsvorschlägen (§§. 169. ff. 174. 179. 182.) eingeräumt.

Die Aufgaben des Gläubigerausschusses machen es erforderlich, daß derselbe schon beim Beginn des Verfahrens bestellt wird. Der §. 112. des Entwurfs läßt deshalb spätestens innerhalb vier Wochen die Gläubiger zur Wahl zusammentreten. Hiergegen wird gewöhnlich eingewendet, daß es noch an einer »konstituirten Gläubigerschaft« fehle, und dieses Bedenken hat auch zur Folge gehabt, daß der einstweilige Verwaltungsrath der Preußischen Novelle nicht aus der Wahl der Gläubiger, sondern nach bloßer Anhörung derselben aus der selbständigen Er- nennung des Gerichts hervorgeht. Eine derartige Bestimmung würde der prin- zipiellen Auffassung des Entwurfs widerstreiten; das Bedenken kann aber auch nicht getheilt werden. Von einer eigentlichen Konstituirung der Gläubigerschaft kann überhaupt nur da die Rede sein, wo durch eine Präklusion der Säumigen der Kreis der Theilnahmeberechtigten sich abschließt. Eine derartige Präklusion ist allen neueren Konkursgesetzgebungen fremd; der Hinzutritt neuer Gläubiger ist bis zum Schlusse des Verfahrens gestattet, und der Entwurf kennt überhaupt, wie schon mehrfach erwähnt, den Begriff einer Gläubigerschaft als Personeneinheit nicht. Es ist deshalb auch nicht einmal theoretisch gerechtfertigt, für die Wahl des Ausschusses den Ablauf der Anmeldungsfrist, die der nothwendigen sachlichen Vorbereitungen wegen weiter erstreckt werden muß, abzuwarten; vielmehr kann es nur darauf ankommen, bei der Bestimmung des Wahltermins auf die Möglichkeit einer allseitigen Betheiligung insoweit Rücksicht zu nehmen, als das allgemeine Interesse dadurch nicht beeinträchtigt wird. Nach den heutigen Verkehrseinrichtungen gewährt hierzu bei rascher Publikation eine vierwöchige Frist genügenden Spiel- raum. Einzelne sehr entfernt wohnende, nicht durch Agenten oder andere Bevoll- mächtigte vertretene Gläubiger können nicht verlangen, daß ihretwegen das ganze Verfahren verzögert werde. Die bisher in Preußen konstatirte geringe Betheiligung der Gläubiger an dem ersten Termine hat lediglich in der Bedeutungslosigkeit der darin vorzunehmenden Verhandlungen ihren Grund. Wird demselben ein reeller Inhalt gegeben, so ist an der Theilnahme der Gläubiger nicht zu zweifeln; wer

dennoch wegbleibt, hat die Folgen sich selbst zuzuschreiben. Der Gefahr des Eindringens unberechtigter Personen läßt sich durch eine mit erheblichen Schwierigkeiten nicht verbundene summarische Prüfung des Gerichts (§. 92. Abs 2.) und durch Strafandrohungen entgegentreten. Ist endlich das Wahlergebniß einer späteren Mehrheit nicht genehm, so hat diese es jederzeit in der Hand, eine Neuwahl herbeizuführen (§§. 88. 90). — Uebrigens wird in Oesterreich (wo der Gläubigerausschuß gleichfalls obligatorisch ist, Konk. Ordn. §§. 74. 143.), sowie bei der Wahl der Massenverwalter in Bremen (§§. 132. 133. 147.) und Lübeck (§§. 43. ff.) nach ähnlichen Grundsätzen verfahren, und die Bremer Handelskammer hat noch neuerdings bezeugt, daß hieraus Unzuträglichkeiten sich in keiner Weise ergeben haben[1]).

Der Entwurf vermeidet es, über die Geschäftsführung des Gläubigerausschusses bestimmte Vorschriften zu ertheilen. Er beschränkt sich darauf, in leicht erkennbarer Weise die Bedingungen festzusetzen, von welchen die Gültigkeit der Beschlüsse abhängen soll (§. 87. Abs. 2.), überläßt es aber im übrigen dem Gläubigerausschuß, seine Geschäftsordnung selbst zu regeln. Die Form der Berufung, die Leitung der Verhandlungen, die Art der Abstimmung, welche unbedenklich in geeigneten Fällen auch auf schriftlichem Wege geschehen kann, die Voraussetzungen und die Reihenfolge der Zuziehung von Ersatzmännern, das Alles sind Dinge, welche der Autonomie der Betheiligten nicht entzogen zu werden brauchen, durch welche aber auch Dritten gegenüber die Gültigkeit eines Beschlusses nicht in Frage gestellt werden darf. Der Dritte soll nur zu prüfen haben, ob die beschließenden Mitglieder oder Ersatzmänner die Mehrheit der für den Ausschuß bestimmten Personenzahl bilden, und ob der Beschluß mit einfacher Mehrheit der an ihm theilnehmenden Personen gefaßt ist. Dem Dritten darf aber nicht auferlegt werden, zu prüfen, ob der Beschluß sich mit etwaigen Instruktionen der Gläubigerversammlung in Uebereinstimmung befindet. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß die Gläubigerversammlung zur Ertheilung derartiger Instruktionen befugt ist; die Gewähr für die Beachtung derselben muß aber in der persönlichen Verantwortlichkeit der Ausschußmitglieder gesucht werden; Dritten gegenüber kann ihnen im Interesse der Verkehrssicherheit ebensowenig eine rechtliche Wirkung zukommen, wie den kontraktlichen Beschränkungen der gesetzlichen Dispositionsbefugnisse eines Prokuristen oder offenen Handelsgesellschafters.

Einzelne Gesetzgebungen (Preuß. Konk. Ordn. §. 218., Bayern Art. 1284.)

---

1) Vergl. »das Bremische Moratorial- und Akkordverfahren 2c.«. Bremen 1871. S. 41. Auch in England soll nach s. 14 der Bankruptcy-Act von 1869, welche freilich eine Anmeldungsfrist und einen Prüfungstermin gar nicht kennt, die Gläubigerversammlung zur definitiven Wahl des trustee und eines Aufsichtsraths »sobald als möglich« berufen werden.

übertragen dem Konkurs-Kommissar den Vorsitz in den Sitzungen des Gläubigerausschusses, Bayern sogar die Entscheidung bei Stimmengleichheit. Derartige Bestimmungen sind als unverträglich mit der Selbständigkeit des Ausschusses und mit der prinzipiellen Stellung des Gerichts nicht aufgenommen worden. Auch dem Verwalter kann ein Stimmrecht (Preuß. Konk. Ordn. a. a. O.) nicht eingeräumt werden; dagegen ist es seinem Verhältniß zum Gläubigerausschuß entsprechend, und zugleich im Interesse der Sache, durch ihn bei Stimmengleichheit den Ausschlag geben zu lassen.

In manchen Fällen, namentlich im Grundbuchverkehr, wird die rechtsgültige Fassung eines Beschlusses durch öffentliche Urkunden nachgewiesen werden müssen. Diesen Nachweis will der Schlußsatz des §. 87. dadurch erleichtern, daß er zu solcher Beurkundung neben den Notaren auch das Gericht ermächtigt und dieses von der Nothwendigkeit einer vorherigen mündlichen Verhandlung, deren es zu seiner Ueberzeugung selten bedürfen wird, befreit.

Die Vorschriften der §§. 88. 89. beruhen auf der Auffassung, daß die Mitglieder des Gläubigerausschusses ein Ehrenamt bekleiden, dessen Charakter einen Anspruch auf Belohnung ausschließt; daß aber ihrem Amte ein Mandatsverhältniß zu Grunde liegt, welches durch Widerruf jederzeit gelöst werden kann. Eine Entlassung durch das Gericht (vergl. Preuß. Konk. Ordn. §. 219.) würde sich als eine unberechtigte Einmischung in dieses Verhältniß darstellen.

§§. 90—94.

Durch die Einsetzung eines verantwortlichen Gläubigerausschusses wird es möglich, die Gesammtheit der Gläubiger von der eigentlichen Verwaltung fern zu halten. Nichtsdestoweniger muß eine Reihe von Gegenständen theils aus Gründen, die in der Natur der Sache liegen, theils ihrer hervorragenden Wichtigkeit wegen der unmittelbaren Entscheidung durch die Gläubiger vorbehalten bleiben. Außer den Wahlen und der etwaigen Entlassung der Ausschußmitglieder sind hier vornehmlich die definitive Annahme oder Ablehnung eines Akkordvorschlages und die Beschlußfassung über das Schicksal der auf gewöhnlichem Wege nicht zu verwerthenden Vermögensstücke zu erwähnen (vergl. §§. 78. 85. 88. 157. 177., ferner die §§. 79. 82). Sowohl die hierauf bezüglichen Rechte, als die von den Mehrheitsbeschlüssen unabhängigen Befugnisse, welche den einzelnen Gläubigern im Prüfungsverfahren, bei der Rechnungslegung 2c. zustehen (vergl. §§. 84. 142. 157. 193. 206. 209.), werden in der Gläubigerversammlung ausgeübt.

Die §§. 90. und 94. handeln von den Voraussetzungen einer legalen Gläubigerversammlung. Dieselbe muß, abgesehen von dem Ausnahmefalle des

§. 90. Abs. 3., von dem Gericht durch öffentliche Bekanntmachung berufen sein; der Gegenstand der Verhandlung muß aus der Bekanntmachung hervorgehen, und die Verhandlung selbst in öffentlicher Gerichtssitzung stattfinden. Die Publikation ist erforderlich, damit jeder Betheiligte in den Stand gesetzt werde, an der Versammlung Theil zu nehmen und sich auf dieselbe vorzubereiten; die Leitung des Gerichts zur Erledigung vorkommender Legitimationsstreitigkeiten und zur urkundlichen Feststellung der Verhandlungsresultate. Eine Versammlung, bei welcher diese Voraussetzungen nicht zusammentreffen, kann für ihre Verhandlungen keinerlei rechtliche Wirkungen in Anspruch nehmen.

Die Berufung einer Gläubigerversammlung ist für eine Reihe von Fällen in dem Entwurf ausdrücklich vorgeschrieben (vergl. §§. 112. 157. 173.); sie kann außerdem jederzeit von Amtswegen geschehen, der §. 90. trägt aber zugleich Vorsorge, daß sie geschehen muß, wenn darauf von beachtenswerther Seite angetragen wird.

Die Stimmberechtigung der Gläubiger und die Ermittelung eines Mehrheitsbeschlusses wird durch die §§. 91—93. geregelt. Nur die eigentlichen Gemeingläubiger verfolgen gleiche Interessen; daraus rechtfertigt es sich, daß in Uebereinstimmung mit den meisten bestehenden Gesetzgebungen den außerhalb des Konkurses stehenden Vindikanten, Separatisten und Massegläubigern jedes Stimmrecht versagt wird. Ein unbedingtes Stimmrecht kann aber auch den Gemeingläubigern nur insoweit eingeräumt werden, als ihre Forderungen entweder unstreitig oder im Spezialprozesse durch vollstreckbares Urtheil festgestellt sind. Die Gleichberechtigung der letzteren beruht auf der dem Richterspruch gebührenden Anerkennung; die Ausübung des Stimmrechts für sie ist nur eine Art der Geltendmachung des Judikats. Anders liegt die Sache bei denjenigen streitig gebliebenen Forderungen, für welche ein vollstreckbares Urtheil noch nicht ergangen ist. Man kann sie nicht unbedingt zulassen, ohne Gefahr zu laufen, die wichtigsten Angelegenheiten durch offenbar unberechtigte Personen entschieden zu sehen; ebenso bedenklich wäre ihre absolute Ausschließung, da sie ohne allen rechtlichen Grund aus frivolen oder böswilligen Motiven bestritten sein können. Man muß deshalb nach einem vermittelnden Auswege suchen und dieser kann nur in dem freien Ermessen des Gerichts gefunden werden. Neuere Gesetzgebungen haben diesen Weg betreten, ohne jedoch im Einzelnen übereinzustimmen. Das französische Gesetz von 1838 (art. 499. 501.) läßt den zuständigen Prozeßrichter, Belgien (art. 504.), die Preuß. Konk. Ordn. (§. 182.) und Oesterreich (§§. 209. 210.) das Konkursgericht, Bayern (Art. 1281.) den Kommissar durch Beschluß darüber entscheiden, ob und in wie weit eine bestrittene Forderung vorläufig zum Mitstimmen zuzulassen sei. Mit

Ausnahme von Bayern aber gestatten die genannten Gesetzgebungen diese Entscheidung nur für das Akkordverfahren, während sie für die außerhalb des Akkordes vorkommenden Verhandlungen entweder die Frage offen lassen oder eine jener willkürlichen Alternativen annehmen. Die Preußische und Oesterreichische Konkursordnung haben zur Vorbereitung des Akkordes eine besondere Prozedur, das s. g. Erörterungsverfahren, angeordnet: Verhandlungstermine für die Betheiligten vor dem Kommissar, sodann auf dessen Vortrag Entscheidung durch das Kollegium. Dieses Verfahren ist schwerfällig, es macht unnöthige Wiederholungen erforderlich, führt regelmäßig zu einer mehrwöchigen Verzögerung des Akkordabschlusses und entspricht nicht den Grundsätzen der Mündlichkeit. Alle diese Uebelstände werden vermieden, wenn man als Regel die Entscheidung über die vorläufige Zulassung in den Prüfungstermin verweist. Hier, unter dem unmittelbaren Eindruck der Prüfungsverhandlungen und der von den Betheiligten etwa beigebrachten Beweise und Bescheinigungen, ist der Richter am besten befähigt, ohne jeden Aufenthalt für die Sache eine angemessene Entscheidung zu treffen. Es wird dadurch die nothwendige Grundlage für alle späteren Verhandlungen gewonnen und ein besonderes, lediglich auf den Akkord berechnetes Zwischenverfahren erübrigt.

Die Bestimmungen des Entwurfs über die vorläufige Zulassung (§§. 92. 142.) sind aus diesen Erwägungen hervorgegangen. Es ist nicht angemessen befunden, die Zulassung an bestimmte Bedingungen (Bescheinigung, Affirmation ꝛc., vergl. Bayern Art. 1281.) zu knüpfen und dadurch das freie Ermessen des Gerichts einzuschränken. Dagegen hat eine analoge Anwendung des Prinzips auf die noch nicht geprüften Forderungen gestattet werden müssen (§. 92. Abs. 2.); zunächst für die dem Prüfungstermine vorhergehenden Verhandlungen, also namentlich den Wahltermin, worauf schon im vorigen Abschnitt hingewiesen ist; sodann aber auch im Interesse derjenigen Gläubiger, welche die allgemeine Anmeldungsfrist versäumt haben. Es wäre unbillig, diese, wenn sie die Anmeldung nachgeholt haben, bis zu der von ihrem Willen unabhängigen Prüfung ihrer Forderungen von jeder Theilnahme an den auch für sie bindenden Verhandlungen auszuschließen (vergl. auch den §. 182. der Preuß. Novelle vom 12. März 1869). Dagegen kann es keinem Gläubiger zur Beschwerde gereichen, wenn nach Ablauf der Anmeldungsfrist seine Zulassung zu den Verhandlungen von der vorschriftsmäßigen Anmeldung seiner Forderung abhängig gemacht wird (§. 92. Abs. 3). Die Vorschrift des §. 93., daß nur die in dem Termine persönlich oder durch legitimirte Vertreter abgegebenen Stimmen zählen und die nicht erschienenen Gläubiger an die Beschlüsse der erschienenen gebunden sein sollen, will dem Konkursverfahren die Vortheile

der Mündlichkeit sichern. In ihrem Kontumazialpräjudiz geht sie von der berechtigten Voraussetzung aus, daß die Ausbleibenden sich den Beschlüssen der an der Versammlung theilnehmenden Gläubiger stillschweigend unterwerfen.

Was zu einem Mehrheitsbeschlusse gehört, entscheidet der §. 91. Im gemeinen Recht ist diese Frage bestritten[1]), partikularrechtlich wird sie sehr verschieden beantwortet. Abgesehen von den Akkord- und Stundungsverhandlungen, für welche fast überall besondere Bestimmungen gegeben sind, läßt man entweder nach Köpfen abstimmen (so die Preuß. Konk. Ordn. mit der singulären Ausnahme des §. 273., ferner der Code de commerce art. 527., Rheinpreuß. Gesetz vom 9. Mai 1859 Art. 527.), oder nach dem Betrage der Forderungen (Oesterreich §§. 74. 144., Bayern Art. 1281., Bremen Art. 129. ff., Sächs. Entwurf §. 175.), oder man stellt eine Stimmscala auf, welche in beschränktem Maße auf die Höhe der Forderungen Rücksicht nimmt (Lübeck §. 45.: bis 1000 Mark 1 Stimme, über 1000 Mark bis 5000 Mark 2, über 5000 Mark 3 Stimmen; ähnlich Hamburg Art. 4. 21., jedoch mit Ausschließung aller Forderungen unter 100 Mark und bis zu einem Maximum von 5 Stimmen). Keines dieser Systeme kann vollständig befriedigen. Das letzte ist nicht frei von Willkür, die beiden ersten führen zu einer Majorisirung entweder der großen oder der kleinen Gläubiger. Der Entwurf hat sich deshalb für ein kombinirtes System entschieden. Er verlangt zu einem gültigen Beschlusse ein Zusammentreffen der Personen- und Summenmehrheit, wie sie für die Annahme eines Akkordes von den meisten neueren Gesetzgebungen, von einigen auch für andere wichtige Beschlüsse gefordert wird (so in England für alle s. g. Spezialbeschlüsse; vergl. ferner das französische Gesetz von 1838 art. 532., Belgien art. 529., Baden §. 778., Dänemark §. 64). Es möchte scheinen, als ob die Anwendung dieses Grundsatzes zu praktischen Schwierigkeiten führte, dann nämlich, wenn ein positives Resultat erreicht werden muß. Allein die Erreichung eines positiven Resultats ist nach den Bestimmungen des Entwurfs nur für die Wahl des Gläubigerausschusses nothwendig, und für sie liegt gerade in dieser Nothwendigkeit ein Vortheil. Sie nöthigt zu Kompromissen; durch solche allein läßt sich eine gerechte Berücksichtigung der Interessen Aller erreichen.

Inwieweit von der Regel des §. 93., daß nur die Forderungen der in dem Termin erschienenen Gläubiger, nicht die der ausgebliebenen bei Ermittelung des Mehrheitsbeschlusses in Betracht kommen, und von der Regel des §. 91., welcher nur die einfache Mehrheit für den Beschluß erfordert, — für die Annahme eines Zwangsvergleichs abgewichen wird, ist in dem §. 177. besonders bestimmt.

---

1) Bayer S. 114 Note 20., Fuchs S. 54, 77, 80.

Im Laufe des Verfahrens können Veränderungen in der Person der Gläubiger eintreten, und zwar sowohl durch Erbgang, als durch nothwendige oder freiwillige Cession. Die Konkurseröffnung begründet weder eine Unveränderlichkeit in Zahl und Höhe der Antheilsrechte, noch beschränkt sie die Gläubiger in der freien Disposition über ihre Forderungen. Die Gefahr der Erzielung künstlicher Majoritäten durch Theilcessionen ist ohne Verletzung der Verkehrsfreiheit nicht vollständig auszuschließen. Da aber, wo sie am meisten zu besorgen ist, nämlich im Akkordverfahren, muß der Schutz gegen sie in dem richterlichen Bestätigungsrecht gesucht werden, und zur Abwehr simulirter Theilcessionen wird das allgemeine Civilrecht genügen.

§§. 95. 96.

Pr. K. O. §§. 132. 138. 139. 160. 223.

Die Vorschriften über die Stellung des Gemeinschuldners im Verfahren ergeben sich aus den in den §§. 1. u. 8. aufgestellten Grundsätzen; insbesondere ist die Verpflichtung des Gemeinschuldners zur Auskunftsertheilung (§. 95.) eine natürliche Konsequenz aus dem Satze, daß das ganze der Exekution unterliegende Vermögen desselben zur Befriedigung der Gläubiger dienen soll. Die Durchführung dieses Satzes erfordert es, daß der Gemeinschuldner den Gläubigern, beziehungsweise den Verwaltungsorganen alles dasjenige an die Hand gebe, was zur Ermittelung und Herbeischaffung des Vermögens und zur Abwehr der gegen dasselbe gerichteten Ansprüche dienlich sein kann. Die nach den meisten deutschen Prozeßrechten und nach dem vorliegenden Prozeßordnungsentwurf im gewöhnlichen Exekutionsverfahren zulässige Forderung des Offenbarungseides beruht auf demselben Grundgedanken. Einige Gesetzgebungen gehen noch weiter, indem sie eine Verpflichtung des Gemeinschuldners zu persönlichen Dienstleistungen bei der Liquidation der Masse statuiren (vergl. Code de commerce art. 493., Gesetz von 1838 art. 488., Belgien art. 493., Oesterreich §. 77., England s. 19, 38, Sächs. Entwurf §§. 122. 152.); hierin dürfte jedoch eine mit den modernen Rechtsanschauungen unvereinbare Erweiterung der Gläubigerrechte liegen.

Durch das Verbot eigenmächtiger Entfernung (§. 96.) soll der Gemeinschuldner verhindert werden, der Erfüllung der ihm während des Verfahrens obliegenden Verpflichtungen sich willkürlich zu entziehen. Aehnliche Vorschriften finden sich in den Konkursgesetzen vieler Handelsstaaten (vergl. Hamburg Art. 9. 14., Bremen §. 14., Lübeck §. 19., Belgien art. 482). Das Gericht, dem die Dispensationsbefugniß beigelegt ist, wird gleichmäßig die Interessen der Masse und den Anspruch des Gemeinschuldners auf die Ausbeutung seiner Arbeitskräfte zu berücksichtigen

wissen und dem Letzteren die Freiheit der Bewegung nicht länger vorenthalten, als dies absolut nothwendig erscheint.

Die Bestimmungen über die Haft entsprechen den in dem Prozeßordnungsentwurf angenommenen Grundsätzen. Als Sicherheitshaft (Proz. Ordn. §. 730.) wird dieselbe insbesondere zu verhängen sein, wenn zu besorgen ist, daß der Gemeinschuldner seine Freiheit zur Verbringung von Vermögensstücken, zur Einziehung von Ausständen oder zu nachtheiligen Kollusionen oder Verdunkelungen mißbrauchen werde. Als Zwangs- oder Strafmittel (Proz. Ordn. §§. 707. 708. 715.) findet sie statt, um denselben zur Auskunftsertheilung oder zur Ableistung des Offenbarungseides anzuhalten, oder wenn derselbe sich unbefugter Dispositionen oder Behinderungen des Verwalters schuldig gemacht hat. Die Vorschriften der Prozeßordnung über das Verfahren, über die Unstatthaftigkeit oder Unterbrechung der Haft und über die Zulässigkeit einer Wiederholung derselben kommen zur entsprechenden Anwendung; die Kosten müssen, da die Haft immer nur im allgemeinen Interesse der Gläubiger verhängt werden darf, zu den Gemeinkosten im Sinne des §. 57. Nr. 1. gerechnet werden.

Der Pflicht zur Auskunftsertheilung steht das Recht des Gemeinschuldners auf Gehör gegenüber. Wenngleich demselben eine entscheidende Stimme niemals eingeräumt werden kann, da hierdurch die Aufhebung seiner Dispositionsbefugniß illusorisch würde, so darf es ihm doch bei seinem hervorragenden Interesse als Eigenthümer der Masse nicht versagt werden, seine Meinung über die Verwaltung, Verwerthung und Vertheilung derselben zur Kenntniß der Verwaltungsorgane und der Gläubiger zu bringen. Für einzelne Angelegenheiten ist dieses Recht des Gemeinschuldners in dem Entwurf ausdrücklich anerkannt und die Zuziehung desselben angeordnet; so namentlich für die Wahl und Kautionsbefreiung des Verwalters (§§. 78. 79.), für die Rechnungsabnahme (§. 84.), für ungewöhnliche Verfügungen über die Aktivmasse (§. 135.), für das Prüfungsverfahren (§. 142.) 2c. In diesen Fällen ist es gerechtfertigt, seinem Schweigen die Bedeutung eines Einverständnisses mit dem Verwalter beizulegen (§. 95. Abs. 2). Eine solche Präsumtion entspricht der kuratorischen Stellung des Verwalters. Ihre Bedeutung äußert sich vornehmlich in zwei Richtungen: einmal erleichtert sie in wünschenswerther Weise die Verantwortlichkeit des Verwalters gegenüber dem Gemeinschuldner, sodann bietet sie ein Mittel zur legislativen Entscheidung der vielbestrittenen Frage, welche Wirkung den im Konkurse geschehenen Passivfeststellungen nach Beendigung des Verfahrens beizulegen sei (vergl. hierüber §. 202). Das Präjudiz soll eintreten, wenn der Gemeinschuldner seine Erklärung nicht rechtzeitig abgiebt, d. h. wenn er den Termin oder die Frist, welche dafür gesetzt sind, versäumt. Soll die Erklärung in einem

Termin erfolgen, so genügt es auch nicht, sie vorher schriftlich einzureichen; sie muß vielmehr alsdann in dem Termine selbst persönlich oder durch einen Vertreter abgegeben werden. Uebrigens unterliegt die Tragweite der Bestimmung einer mehrfachen, aus der Natur der Sache sich ergebenden Beschränkung. Sie gilt nur für die im Gemeinschuldverfahren selbst vorkommenden Verhandlungen, also weder vorher im Eröffnungsverfahren (§. 107.), noch nachher bei der Wiedereinsetzung (§§. 207. 209.); sie bleibt ferner überall da außer Anwendung, wo es sich um eine von dem Gericht nach freiem Ermessen, also auf Grund gewonnener Ueberzeugung, zu treffende Entscheidung handelt; so, abgesehen von den oben erwähnten Fällen, welche auch unter diesen Gesichtspunkt zu subsumiren, bei der Bestätigung eines Zwangsvergleichs (§. 179.) und bei der Entscheidung über die Einstellung des Verfahrens auf Grund allseitiger Zustimmung (§. 192.); endlich ist sie nur von civilrechtlicher Bedeutung und daher da, wo von civilrechtlichen Folgen nicht die Rede sein kann (wie im Falle des §. 131.), gegenstandslos.

§. 97.

Pr. K. O. §. 178.

Für das prozessualische Gebiet ist bereits im §. 197. des Entwurfs der Prozeßordnung die Androhung der gesetzlichen Folgen einer Versäumung für entbehrlich erklärt. Es hat kein Bedenken, diesen Satz auf das Konkursverfahren auszudehnen; abgesehen von der dadurch bewirkten Kostenersparniß und Vermeidung von Streit und Zweifel über richtige Androhung und richtige Anwendung des Präjudizes, entbehren die Fristen und Termine auch des Gemeinschuldverfahrens nicht des peremtorischen Charakters. Zudem ist zu erwarten, daß gerade bei diesem so unmittelbar in das Verkehrsleben eingreifenden Gesetze die Vermuthung der Notorietät seines Inhalts sich auch als thatsächlich berechtigt erweisen werde. Da ein auf die Verwirklichung der Versäumnißfolgen gerichteter Antrag in dem Entwurfe nirgendwo vorgeschrieben ist, so treten dieselben von Rechtswegen ein.

Das Interesse aller Betheiligten verlangt aber ferner, daß die einmal gewonnenen Resultate gesetzmäßiger Verhandlungen nicht wieder in Frage gestellt werden. Nirgendwo haben die gemeinrechtlichen Grundsätze von der Restitution sich nachtheiliger erwiesen, als in ihrer Anwendung auf das Konkursverfahren; sie haben nicht wenig dazu beigetragen, demselben seinen schwerfälligen Charakter zu geben und seinen Abschluß bis ins Unendliche zu verzögern. Auch von den neueren Gesetzgebungen ist hier nicht überall genügende Abhülfe geschaffen. So gestattet Bayern (Art. 1270.) unter gewissen Voraussetzungen eine nachträgliche Beanstandung geprüfter Forderungen durch solche Gläubiger, welche die rechtzeitige Anmel-

dung oder die Verhandlungstagfahrt versäumt haben. Gründlicher und zweckmäßiger geht die Preußische Konkursordnung zu Werke, indem sie (§. 178.) unter ausdrücklicher Versagung der Restitution dasjenige, was nach ergangener gehöriger Aufforderung oder Vorladung verhandelt, beschlossen oder festgestellt ist, auch denjenigen Gläubigern gegenüber für gültig erklärt, welche an der Verhandlung nicht Theil genommen haben. Aehnliche Vorschriften hat die Oesterreichische Konkursordnung (§§. 255. 256). Für den Entwurf erscheint die Annahme derselben um so unbedenklicher, als derselbe den Gläubigern gegenüber das Prinzip der rechtlichen Präklusion vollständig aufgegeben hat und, so lange noch disponible Masse vorhanden ist, jeder nachträglich angemeldeten oder festgestellten Forderung unbedingte Berücksichtigung gewährt (vergl. §§. 148. 155). Bei dieser Rechtslage ist es gewiß gerechtfertigt, dem schon von römischen Rechtslehrern[1]) aufgestellten Grundsatz praktische Geltung zu verschaffen, daß die Restitution wegfallen müsse, wenn der durch sie zu beseitigende Schaden geringer sei, als der daraus für Andere entstehende Nachtheil, und daß namentlich eine Verwirrung von Rechtsverhältnissen, welche sich inzwischen gebildet hätten, zu vermeiden sei.

Der Entwurf versagt die Aufhebung der Folgen einer Versäumung für das Gemeinschuldverfahren ganz allgemein. Er schließt daher sowohl die civilrechtliche, als die prozessualische Restitution aus, auch die von dem Entwurf der Prozeßordnung (§. 199.) beschränkt zugelassene Wiedereinsetzung wegen versäumter Nothfristen, und richtet sich gegen alle Personen, deren Versäumungen durch die Gemeinschuldordnung mit Rechtsnachtheilen bedroht sind. Es werden daher nicht nur die Gemeingläubiger, sondern unter Umständen auch der Gemeinschuldner, der Verwalter und dritte Personen, welche zu der Masse in rechtlichen Beziehungen stehen, durch die Bestimmung getroffen (vergl. u. A. §§. 13. 20. 45. 78. 84. 95. 118. 125. 127. 153. 155. 174). Die Bestimmung gilt auch für die prozessualischen Theile des Verfahrens (§§. 107. 111. 182. u. s. w.); nur für die aus demselben entspringenden selbständigen Prozesse bleibt es bei den allgemeinen Regeln des Prozeßrechts.

§. 98.

Pr. K. O. §§. 123. 148. 168. 183. 204.

Auf das Zustellungs- und Ladungswesen im Gemeinschuldverfahren müssen im Allgemeinen die Vorschriften der Civilprozeßordnung entsprechende Anwendung finden. In einigen Beziehungen ist jedoch eine besondere Regelung durch die Natur der Verhältnisse geboten. Die aktenmäßige Nachweisung der Ladung jedes einzelnen Interessenten würde namentlich in größeren Konkurssachen eine außerordentlich

1) Vergl. Puchta, Vorlesungen §. 101.; Vangerow, Leitfaden §. 177. Anmerk. 1.

schwierige Aufgabe sein. Auch bei der gewissenhaftesten Aufmerksamkeit und Sorgfalt sind hier Versehen nicht zu vermeiden, welche, wenn es auf den Nachweis jeder einzelnen Ladung ankäme, vielfach die empfindlichsten Verzögerungen und zuweilen eine Wiederholung des ganzen Verfahrens zur Folge haben müßten. Der Entwurf schließt deshalb zwar die besonderen Ladungen und Benachrichtigungen nicht aus, er schreibt sie vielmehr für zahlreiche Fälle ausdrücklich vor; da aber, wo sie neben einer öffentlichen Bekanntmachung vorgeschrieben sind, soll nur von der letzteren die Gültigkeit der Verhandlungen abhangen. Im Gebiete der Preußischen Konkursordnung ist dies bereits geltendes Recht und hat sich hier vollständig bewährt. Auch Oesterreich (§. 254.) hat sich demselben System angeschlossen. Die entscheidende Bedeutung der öffentlichen Bekanntmachung erfordert nur eine solche Einrichtung derselben, daß wirklich mit Wahrscheinlichkeit angenommen werden kann, sie werde zur allgemeinen Kenntniß gelangen. Die Vorschriften des Entwurfs schließen sich den Bestimmungen der Prozeßordnung (Entwurf §§. 175. ff.) über öffentliche Zustellungen möglichst an; es wird die besondere Pflicht der Gerichte sein, nach den Umständen des einzelnen Falles, den Verkehrsbeziehungen des Gemeinschuldners und den örtlichen Verhältnissen über die absolut vorgeschriebenen Bekanntmachungen durch die offiziellen Blätter und durch Anschlag an der Gerichtsstelle hinaus zu gehen und für eine weitere Publikation durch geeignete andere Blätter, durch Anheften an der Börse ꝛc. Sorge zu tragen.

Die Bestimmungen der Prozeßordnung (§. 177.) über den Zeitpunkt, mit welchem die öffentliche Zustellung als bewirkt angesehen werden soll, haben den Bedürfnissen des Konkursverfahrens entsprechend modifizirt werden müssen. Da für alle wichtigen Vorkommnisse im Verfahren eine öffentliche Bekanntmachung vorgesehen ist, so erscheint es ferner statthaft, für die besonderen Zustellungen und Benachrichtigungen es allgemein bei der einfachen und Kosten ersparenden Form der Postaufgabe (Proz. Ordn. §. 168.) bewenden zu lassen. Die Aufgabe zur Post genügt (ebenda §. 154.), auch wenn der Adressat an dem Orte oder in dem Bezirk des Gerichts seinen Wohnsitz hat.

Zweiter Titel.

Eröffnungsverfahren.

§. 99.

Pr. K. O. §§. 113. 114. 281. 286. 322. ff.

Der §. 99. verlangt zur Eröffnung des Gemeinschuldverfahrens einen Antrag. Die Befugniß des Gerichts zu einem Einschreiten von Amtswegen ist vielfach erörtert worden. Namhafte Lehrer des gemeinen Rechts traten für die Nothwendigkeit derselben ein, Andere verwarfen sie aus prinzipiellen Gründen (vergl. Bayer §. 45., Fuchs §. 15). Demselben Schwanken begegnet man in den Gesetzgebungen. Während z. B. der Code (art. 449.), das Gesetz von 1838 (art. 440.), Holland (Art. 764., Antrag des öffentlichen Ministeriums), Belgien (art. 442.), Bayern (Art. 1175.), Baden (Art. 706.), Nassau (§. 52.), Braunschweig (§. 307.), Bremen (§. 10.) und der Sächsische Entwurf (§. 100. Nr. 2.) die Eröffnung von Amtswegen gestatten, ist dieselbe in Oesterreich (§§. 62. ff.), Hannover (§. 607.), Schleswig-Holstein, Mecklenburg (Verordn. vom 17. Dezember 1834 und 8. April 1836 §. 1.), Oldenburg (§§. 23—25.), Hamburg (Art. 2.) und Lübeck (§. 6.) ausgeschlossen, und ebenso in England, den Vereinigten Staaten von Nord-Amerika, sowie in Dänemark (§§. 40. ff.), also von den neuesten Gesetzgebungen der größten Handelsstaaten[1]). Wenn in der Preußischen Konkursordnung die Frage lediglich vom Standpunkte des praktischen Bedürfnisses für den gemeinen Konkurs verneint, für den kaufmännischen dagegen im Interesse der entfernt wohnenden Gläubiger in abgeschwächter Weise bejaht wird (§§. 118. 281. 287. 321.), so muß schon diese Unterscheidung Bedenken erregen. Es giebt heutzutage zahlreiche nichtkaufmännische Gewerbetreibende, welche lebhafte Beziehungen nach dem Auslande unterhalten, und umgekehrt ist es im spezifisch kaufmännischen Verkehr Regel geworden, daß auswärtige Gläubiger ihre Interessen durch ständige inländische Vertreter wahrnehmen lassen. Von jedem Gläubiger aber, welches Standes er sei, ist zu verlangen, daß er selbst über die Vermögenslage seiner Schuldner sich informirt halte. Wer in dieser Beziehung die nöthige Vorsicht verabsäumt, kann daraus kein Recht ableiten, daß der Staat in bevormundender Sorge für

---

1) Die exceptionelle Bestimmung des englischen Gesetzes, welches dem Gericht die Befugniß ertheilt, unter gewissen Umständen ein außergerichtliches Liquidations- oder Vergleichsverfahren in den Konkurs umzuwandeln, kann hier außer Betracht bleiben. Die Thätigkeit des Gerichts wird bei diesen Vergleichen wenigstens insoweit in Anspruch genommen, als dieselben der Prüfung und Einregistrirung von Seiten des registrar bedürfen. Vergl. Gesetz vom 9. August 1869 ss. $125^{4. 12.}$ und 126.

ihn eintrete, und am allerwenigsten möchte ausländischen Gläubigern ein solcher Anspruch einzuräumen sein, dem in der Regel nicht ohne Verletzung der Interessen anderer Gläubiger würde genügt werden können. Ueberall widerstrebt die moderne Rechtsauffassung dem Eingreifen des Staats in privatrechtliche Verhältnisse; darauf beruht die konsequente Durchführung des Verhandlungsprinzips in allen neueren Prozeßgesetzgebungen. Das behauptete praktische Ausnahmebedürfniß ist auch durch die Erfahrung nicht bestätigt worden. Nach den angestellten statistischen Ermittelungen haben im Bereiche der Preußischen Konkursordnung die Gerichte von der ihnen beigelegten Befugniß fast gar keinen Gebrauch gemacht. So ist beim Stadtgericht in Berlin in den Jahren 1868 und 1869 nur ein einziger Fall der Konkurseröffnung von Amtswegen vorgekommen. Noch seltener würden die Gerichte sich hierzu berufen fühlen, wenn denselben durch die Reform der Prozeßordnung mit der unmittelbaren Betheiligung an den Zwangsvollstreckungen die vorzüglichste Gelegenheit entzogen wird, einen sicheren Einblick in die Vermögensverhältnisse ihrer Eingesessenen zu gewinnen.

Wenn daher auch für das Gebiet des Gemeinschuldverfahrens an dem Grundsatz festgehalten werden kann, daß die Gerichte nur auf Anrufen der Betheiligten in Thätigkeit zu treten haben, so erscheint es andererseits zulässig, den Kreis der Antragsberechtigten möglichst weit zu ziehen. Dies ist in dem Entwurf geschehen. Nicht nur jeder Gemeingläubiger, sondern auch der Gemeinschuldner selbst und jeder Nachlaßvertreter soll auf Konkurseröffnung anzutragen befugt sein. Das Antragsrecht des Gläubigers ist nicht, wie in England und Amerika (50 L. resp. 250 Dollars), von einem bestimmten Forderungsbetrage abhängig gemacht; hierin würde eine Zurücksetzung der kleinen Gläubiger liegen, deren Nichtbefriedigung die bedenkliche Lage des Gemeinschuldners am schlagendsten beweist. Auch von der Vollstreckbarkeit der Forderung darf das Antragsrecht nicht abhängen. Nur wenige Partikularrechte verlangen die Vollstreckbarkeit, so die Verordnung für Mecklenburg-Schwerin vom 17. Dezember 1834 §. 1. und für Mecklenburg-Strelitz vom 8. April 1836 §. 1., sowie in gewisser Hinsicht die Hannoversche Prozeßordnung §§. 607. 608. Ihnen steht die überwiegende Mehrzahl der übrigen deutschen Gesetze (Preuß. Konk. Ordn. §§. 118. 321.; Bayerische Proz. Ordn. §. 1191.; Badische Proz. Ordn. §. 707.; Bremer Debit-Ordn. §§. 10. 12. 106.; Lübecker Konk. Ordn. §§. 6. 9. 10. u. s. w.) und die Gesetzgebung fast aller ausländischen Staaten gegenüber (Code 449., Fall. Ges. 440., Belgien 442., Spanien H. G. B. 1016., Portugal §§. 1126—1128., Holland §. 764., England Bankr. Act. s. 9, Vereinigte Staaten s. 39, Dänemark §. 42. u. a.). Die Gläubiger, welche einen vollstreckbaren Titel haben, bedürfen der Konkurseröffnung nicht, sie

werden ihre besondere Sicherung durch Zwangsvollstreckungen vorziehen. Für den gleichen Schutz aller Gläubiger ist zu sorgen. Ebendaher dürfen, wenn die Voraussetzungen der Konkurseröffnung überhaupt vorliegen, von dem Antrage auch nicht die Gläubiger einer bedingten oder betagten Gemeinforderung ausgeschlossen werden; gerade sie können das dringendste Interesse haben, daß dem fortschreitenden Vermögensverfall des Gemeinschuldners oder der sie gefährdenden Befriedigung anderer Gläubiger Einhalt gethan werde. Aus gleichen Gründen ist auch der bevorrechtigte Gemeingläubiger als Antragsteller zuzulassen[1]). — Als Nachlaßvertreter kommen der Erbe, der Nachlaßkurator und der Testamentsexekutor in Betracht. Sind mehrere derselben vorhanden, so ist nach dem Entwurf auch ein einzelner von ihnen zu dem Antrage legitimirt; selbstverständlich müssen jedoch zu dem Vorverfahren (§. 104.) alle Mitbetheiligten zugezogen werden; sie können hierbei dem Antragsteller gegenübertreten.

Die Preußische Konkursordnung (§. 331.) versagt das Provokationsrecht für den gemeinen Konkurs dem Gemeinschuldner und dem Erben. Die Motive führen dafür an, daß der Gemeinschuldner zwar den Konkurszustand sich gefallen lassen müsse, aber kein Recht habe, denselben seinen Gläubigern aufzudringen. Nur in Betreff des Nachlaßkurators liege die Sache anders, weil dieser zugleich im Interesse der Gläubiger eingesetzt sei und ihm auch die Möglichkeit gewährt werden müsse, sich gegen Vertretungen zu sichern. Diese Gründe sind nicht überzeugend. Die Konkurseröffnung soll ihrem Zwecke nach immer für die Gesammtheit der Gläubiger eine Wohlthat sein. Könnte man hierbei von einem »Aufbringen« durch den Gemeinschuldner überhaupt sprechen, so würde dies nicht minder bei dem kaufmännischen Konkurse zutreffen, dessen Eröffnung doch in der großen Mehrzahl der Fälle durch den eigenen Antrag des Gemeinschuldners herbeigeführt wird. Hier konnte freilich die Preußische Konkursordnung den eigenen Antrag nicht ausschließen, ohne sich mit ihren Bestimmungen über die Eröffnung von Amtswegen in Widerspruch zu setzen. Das Verhältniß des kaufmännischen und des nicht kaufmännischen Gemeinschuldners zu ihren Gläubigern ist aber ganz dasselbe. Für beide besteht die wenigstens moralische Verpflichtung, ihre Gläubiger gleichmäßig zu befriedigen und es zu verhindern, daß Einzelne vollständige Zahlung erhalten, Andere leer ausgehen. Sollen sie dieser Verpflichtung genügen, so muß es ihnen gestattet sein, im Falle ihrer Insolvenz auf den Konkurs anzutragen. Nicht dieser Antrag schafft den Konkurs, sondern der nach vorgängiger Prüfung der thatsächlichen Verhältnisse ergehende Richterspruch. In dem Vorverfahren

1) Betreffs Führung der Sachlegitimation des Gläubigers vergl. §. 103.

findet das gemeinsame Interesse der Gläubiger seine geordnete Vertretung und kann von jedem einzelnen derselben wahrgenommen werden. Bei einem Widerspruche sämmtlicher Gläubiger muß allerdings die Konkurseröffnung unterbleiben; dieser Fall wird aber nicht leicht vorkommen, und sonst entscheidet lediglich das Vorhandensein der gesetzlichen Requisite. — Die Unterscheidung der Preußischen Konkursordnung ist auch ohne praktischen Werth, da es dem Gemeinschuldner niemals schwer fällt, einen ihm nahe stehenden Gläubiger zu dem Antrage auf Konkurseröffnung zu bestimmen und dadurch das Gesetz zu umgehen. Gemeinrechtlich war die zum Konkurse führende cessio bonorum gleichfalls keinem Schuldner verwehrt (vergl. Bayern §§. 16. 45.), und die meisten neueren Gesetzgebungen haben an dieser Auffassung festgehalten (vergl. Oesterreich §. 62., Dänemark §. 40., Bayern Art. 1175., Hannover §. 607., Baden §. 706., Braunschweig §. 307., Bremen §. 10., Lübeck §. 6., Sächs. Entw. §. 100).

§. 100.

Pr. K. O. §§. 113. 319. 322. 323. 357.

Nach römischem Recht gab schon der fruchtlose Exekutionsversuch eines einzelnen Gläubigers diesem die Befugniß, gegen den Schuldner die missio in bona nachzusuchen, welche vermittelst des allen anderen Gläubigern vorbehaltenen und durch spätere Gesetze näher geregelten Beitrittsrechts zum Konkurse wurde. Gemeinrechtlich wird dagegen die Konkurseröffnung von dem Nachweise der Vermögensunzulänglichkeit abhängig gemacht. Nicht nur die Praxis der Gerichte, sondern auch fast alle auf gemeinrechtlicher Grundlage erlassenen Partikulargesetze haben diesen Grundsatz festgehalten, und nur hier und da ist derselbe durch Aufstellung von Präsumtionen, welche den Beweis der Vermögensunzulänglichkeit (manchmal auf Kosten des Begriffs) erleichtern sollten, gemildert worden. Daß vielfach sowohl in der Gesetzessprache als in der Literatur die Insolvenz als Prämisse des Konkurses angeführt ist, ändert an der Sache Nichts, da dieses Wort in der Regel als gleichbedeutend mit »Insuffizienz« gebraucht wurde[1]). Von den älteren Gesetzen zeichnete nur die Hamburger Falliten-Ordnung sich dadurch aus, daß sie, nach dem Vorgange italienischer Statuten, in ihrem Art. 1. das entscheidende Gewicht lediglich auf das Zahlungsunvermögen, die Insolvenz im eigentlichen Sinne, legte. Erst die französische Gesetzgebung hat diesem Grundsatz wenigstens für das Gebiet des kaufmännischen Konkurses allgemeinere Geltung verschafft. Dem im art. 438. des Code aufgestellten und durch das Gesetz von

---

1) Vergl. z. B. Lübeck'sche Konk. Ordn. §§. 6. 30. ff.

1838 wiederholten Satze, daß das Falliment durch die Zahlungseinstellung (cessation des paiements) begründet werde, sind u. A. Holland (Art. 764.), Belgien (art. 437.), Spanien (art. 1001.), sowie in der Beschränkung auf Kaufleute die meisten neueren deutschen Konkursgesetze gefolgt (vergl. Bremen §. 11., Baden A. S. N. 6. ff., Preußen §. 113., Bayern Art. 1175. Nr. 2., Schleswigsche Verordnung vom 16. Oktober 1863 §§. 6. 7., Oesterreich §. 194., Sächs. Entwurf §. 100., Dänemark §. 43). Der Konkurs über das Vermögen eines Nichtkaufmanns ist dagegen noch heute fast in ganz Deutschland an den Nachweis der materiellen Insuffizienz geknüpft, und speziell für Preußen beruht hierin der wesentlichste Unterschied zwischen dem kaufmännischen und dem gemeinen Konkurse.

In der That möchte es auf den ersten Blick scheinen, als ob nur der Zustand der wirklichen Ueberschuldung ein Verfahren rechtfertigen könne, welches den Schuldner aller seiner Dispositionsbefugnisse entsetzt, das ganze Vermögen desselben ergreift und jeden Gläubiger, der nicht das leere Nachsehen haben will, zur Theilnahme an der gemeinsamen Liquidation nöthigt. Einer eingehenden Prüfung zeigt sich jedoch diese Anschauung nicht gewachsen. Die aus der strengen Durchführung des Prinzips sich ergebenden praktischen Inkonvenienzen springen sofort in die Augen. Die Feststellung der Vermögensunzulänglichkeit setzt eine Schätzung der Aktiva des Gemeinschuldners und eine Prüfung der Schulden desselben zum Zwecke gegenseitiger Abwägung voraus. Ohne die entgegenkommende Mitwirkung des Gemeinschuldners oder Zuhülfenahme bedenklicher Fiktionen und Präsumtionen ist eine derartige Vermögensübersicht kaum zu erlangen. Die obligatorischen Beziehungen des Gemeinschuldners in ihrer Gesammtheit entziehen sich fremdem Einblick; das greifbare Aktivvermögen ist vielfach an verschiedenen Orten zerstreut; der Werth desselben unterliegt fortwährenden Schwankungen; wechselnde Konjunkturen und der unberechenbare Ausfall schwebender Spekulationen verändern in jedem Augenblick das Verhältniß zwischen der Aktiv- und Passivmasse, während es an einem bestimmten für die Feststellung desselben maßgebenden Zeitpunkte fehlt. Diesen Unzuträglichkeiten treten Bedenken gegen das Prinzip selbst hinzu. Der Konkurs hat es nur mit den persönlichen Gläubigern zu thun. Diese aber haben einen direkten Anspruch nicht an das Vermögen, sondern nur an die Person ihres Schuldners. Was sie zu fordern haben, ist Befriedigung; ob sie diese aus den eigenen Mitteln des Gemeinschuldners erlangen oder vermöge des demselben noch zustehenden Kredits, ist für sie unerheblich. Kredit ist im Verkehrsleben Vermögen. Hieraus ergiebt sich zweierlei. Einmal für den Gemeinschuldner: so lange derselbe seinen Verbindlichkeiten nachkommt, hat Niemand das Recht, in seine Verhältnisse sich einzudrängen, ihn aus dem Besitz zu setzen und seine produktive Thätigkeit zu

unterbrechen, möchte auch bei gleichzeitigem Andrängen aller Gläubiger sein Vermögen zur vollständigen Befriedigung derselben nicht ausreichen. Ein solches Vorgehen würde ein Unrecht gegen den Schuldner enthalten, der verlangen kann, daß vor eingetretenem Zahlungsverzuge ihm nicht die Möglichkeit genommen werde, seine Lage zu verbessern und das materiell vorhandene Defizit auszugleichen. Bei der großen Empfindlichkeit des Kredits und dem engen Ineinandergreifen der heutigen Verkehrsbeziehungen würden dadurch nicht nur der Gemeinschuldner, sondern in den meisten Fällen auch Andere ohne Grund und ohne Nutzen der Gefahr finanziellen Ruins ausgesetzt werden. Umgekehrt aber und zweitens kann den andringenden Gläubigern nicht damit gedient sein, daß ihr Schuldner ein selbst wohlhabender Mann ist, wenn derselbe nicht die Mittel zur Zahlung seiner fälligen Schulden herbeizuschaffen vermag; sie brauchen sich nicht mit dem Einwande der Vermögenssuffizienz abfinden zu lassen, wo sie Zahlung zu fordern berechtigt sind. Diese Erwägungen führen mit Nothwendigkeit auf das Requisit der Zahlungsunfähigkeit.

Naturgemäß mußten die geschilderten Uebelstände und das Bedürfniß der Abhülfe auf dem Gebiete des Handelsverkehrs am lebhaftesten empfunden werden. Es ist daher nicht auffallend, daß hier die vorstehenden Erwägungen sich zunächst geltend gemacht haben; dadurch aber wird ihre allgemeine Richtigkeit nicht beeinträchtigt. Auch hier ist die Unterscheidung zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten keine innerlich begründete. Offenbar ist bei Aufstellung derselben der Umstand nicht ohne Einfluß gewesen, daß man Gesetzgebungen zu Vorbildern hatte, welche das Konkursrecht als ein kaufmännisches Singularrecht behandelten, und deshalb nur die Bedürfnisse des Handelsstandes ins Auge faßten. Man glaubte die Bestimmungen desselben zwar für den kaufmännischen Verkehr im großen Ganzen acceptiren zu können, trug aber Bedenken, hierüber hinauszugehen. Die für die Beibehaltung des Requisits der Vermögensunzulänglichkeit bei Nichtkaufleuten vorgebrachten Gründe sind denn auch im wesentlichen nur negativer Art. Dahin gehört insbesondere die Behauptung, daß das Erforderniß der Zahlungseinstellung nur bei eigentlichen Handeltreibenden anwendbar sei, und daß nur bei Kaufleuten in der Zahlungseinstellung ein untrügliches Zeichen wirklicher Insolvenz liege, weil nur von ihnen anzunehmen sei, daß sie zur Aufrechthaltung ihres Kredits so lange als irgend möglich Zahlung leisteten[1]). Diese Sätze beruhen zum Theil auf einer zu engen Auffassung des noch zu erörternden Begriffs der Zahlungseinstellung, andererseits würde ihre Richtigkeit nur beweisen, daß bei Nichtkaufleuten eine andere Erscheinung der

1) Vergl. Motive des Entwurfs zur Preuß. Konk. Ordn. S. 6, 133; Kommissionsbericht der Zweiten Kammer zu den Art. XIV.—XVI. des Einführungsgesetzes S. 12.

Zahlungsunfähigkeit nachgewiesen werden müsse, nicht aber den weitergehenden Schluß rechtfertigen, daß es für sie bei dem Erforderniß der Vermögensunzulänglichkeit zu verbleiben habe. Auch die an sich unanfechtbaren Ausführungen über die hervorragende Bedeutung des Kredits im Handelsverkehr[1]) lassen sich nicht als Gegenargumente in der vorliegenden Frage verwenden. Der Kredit ist heutzutage nicht mehr etwas dem kaufmännischen Gewerbe Eigenthümliches. Es giebt kaufmännische Geschäfte, bei denen er weder gegeben, noch genommen wird, während andererseits die Mehrzahl der nicht kaufmännischen gewerblichen Unternehmungen wesentlich auf Kredit beruht, und selbst auf diesen Kreis bleibt er nicht beschränkt. Ueberall aber hat er die pünktliche Erfüllung der eingegangenen Verbindlichkeiten zur nothwendigen Voraussetzung. Wo es keinen Kredit giebt, da ist überhaupt ein Konkurs kaum denkbar. Will man aber das Interesse des Handelsverkehrs vorzugsweise berücksichtigen, so erfordert gerade dieses, hier nicht einseitig zu verfahren. Der Kaufmann hat es keineswegs immer nur mit kaufmännischen Schuldnern zu thun; vielfach ist er zu bedeutenden Kreditgewährungen an Nichtkaufleute genöthigt, und seine eigene Solvenz wird ebenso sehr gefährdet, wenn diese, als wenn jene mit ihren Zahlungen ausbleiben.

Die durch den Dualismus der Preußischen Konkursordnung herbeigeführten Inkonvenienzen würden sich gegenwärtig in noch höherem Maße fühlbar machen, als dies bis zum Erlaß des Deutschen Handelsgesetzbuchs der Fall war. Die Preußische Konkursordnung vermied es, durch eine Definition der nebeneinandergestellten Begriffe »Handelsmann, Schiffsrheder und Fabrikbesitzer« das freie Ermessen des Richters zu binden. Seit jedoch das Handelsgesetzbuch den Begriff »Kaufmann« festgestellt hat, würde es nicht angemessen sein, in einem anderen Reichsgesetze von demselben abzugehen[2]). Kaufmann ist, wer gewerbemäßig Handelsgeschäfte betreibt (H. G. B. Art. 4). Abgesehen von der schon wiederholt hervorgehobenen Schwierigkeit, die Grenze zwischen einem Kaufmann und Nichtkaufmann, einem Fabrikanten und einem Handwerker zu ziehen, wird durch diese Begriffsbestimmung in Verbindung mit der in den Art. 271. ff. gegebenen Definition der Handelsgeschäfte[3]) zahlreichen Gewerbetreibenden die An-

1) Kommissionsbericht der Zweiten Kammer S. 2, 3.

2) Durch Art. 31. des Preußischen Einführungsgesetzes vom 24. Juni 1861 ist derselbe nachträglich auch in die Konkursordnung eingeführt. Für Bayern bestimmt Art. 6. des Einführungsgesetzes vom 10. November 1861, daß überall, wo nach bürgerlichem Recht oder nach Prozeßgesetzen Rechte und Verbindlichkeiten von der Eigenschaft als Kaufmann abhängig gemacht seien, die Begriffsbestimmung des Handelsgesetzbuchs zu Grunde gelegt werden müsse. Vergl. auch Reichsstrafgesetzbuch §§. 281. ff.

3) Die Definitionen des »commerçant« im art. 1. und der actes de commerce im art. 632. und 633. des Code stimmen mit der Definition des Deutschen Handelsgesetzbuchs (Art. 4. und Art. 271. ff.) nicht überein.

erkennung als Kaufmann versagt, obgleich der Geschäftsbetrieb derselben sich von dem kaufmännischen kaum unterscheidet. Einige Beispiele werden genügen, um dies klar zu machen[1]). Verkäufer selbstgewonnener Produkte (im Gegensatze der zum Zwecke der Wiederveräußerung angeschafften Sachen), wie Landwirthe, Viehzüchter, Besitzer von Bergwerken, Stein- und Kalkbrüchen, Torfgräbereien, Thon- oder Lehmgruben 2c., sind mit Rücksicht auf Art. 271. nicht Kaufleute, auch wenn sie ihre Produkte im großartigsten Umfange und nicht nur im Naturzustande, sondern in verarbeiteter Gestalt und als Fabrikate (Spiritus, Rübenzucker, Oel, Taback, Koaks, Dach- und Mauerziegel, Drainröhren, Töpferwaaren 2c.) in den Handel bringen. Das Gleiche gilt wegen der Natur ihrer Geschäfte von Bauunternehmern (soweit dieselben nicht zugleich mit Baumaterialien Handel treiben), von Schauspiel- und Konzertunternehmern, von Vermittlern anderer als Handelsgeschäfte (z. B. von Guts- und Hausverkäufen, Mieths- und Pachtverträgen, Hypothekengeschäften), von Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit, wenn sie nicht die Form der eingetragenen Genossenschaft angenommen haben 2c. Ueberall findet sich hier die größte Aehnlichkeit mit dem eigentlich kaufmännischen Geschäftsbetriebe, und auch die Voraussetzungen und Bedingungen, insbesondere aber das Kreditbedürfniß und die hieraus sich ergebenden Beziehungen und Verpflichtungen sind dieselben. Vor Erlaß des Handelsgesetzbuchs hätte man ohne Zweifel die meisten der genannten Personen zu den Handelsleuten oder Fabrikbesitzern gerechnet; es würde vom Standpunkte des Verkehrs aus ein Rückschritt sein, wollte man sie jetzt in Ansehung der Konkurseröffnung nach anderen Grundsätzen behandeln.

Um diesen Rückschritt zu vermeiden, könnte man an den Ausweg denken, dem Begriffe »Kaufmann« einen weiteren zu substituiren. Einen zutreffenden aber wird man schwerlich finden. Der am nächsten liegende Begriff »Gewerbetreibender« leidet an Unklarheit; er ist weder ein rechtlicher, noch für das Leben faßbar. Auch würde es nicht richtig sein, jeden Gewerbetreibenden einem Kaufmann gleichzustellen; man denke nur an Advokaten, Aerzte, Feldmesser 2c. Jeder Behelf aber verbietet sich aus den oben angeführten prinzipiellen Gründen. Diese sind es, welche erfordern, daß für Jedermann die Zahlungsunfähigkeit, und nicht die Vermögensunzulänglichkeit als die alleinige und ausschließliche Voraussetzung des Gemeinschuldverfahrens gelte.

Entzieht sonach der Entwurf der Vermögensunzulänglichkeit die entscheidende Bedeutung für die Eröffnung des Verfahrens, so behält doch die Frage, ob

1) Vergl. über diese Fragen Anschütz und Völdernborf, Kommentar zum Deutschen Handelsgesetzbuch Bd. 3. S. 5 ff., 30 ff., 49 ff., 55 ff.

das Vermögen zulangt oder nicht, nach wie vor das ihr zukommende Gewicht als eines der wesentlichsten Beweismomente zur Feststellung der Zahlungsunfähigkeit.

Diese muß festgestellt werden; aber, und das ist zur Vermeidung von Mißverständnissen zu betonen, nicht als blos latenter Zustand, vielmehr muß sie, um neue Rechtsverhältnisse zu erzeugen, in die äußere Erscheinung getreten sein, sie muß, sei es durch eine Erklärung oder Handlung des Schuldners, sei es durch die Handlung eines Gläubigers oder sonst durch eine Thatsache eine Wirkung geäußert haben.

Welche Thatsachen im Einzelnen geeignet sind, als Erkenntnißquelle der Zahlungsunfähigkeit zu dienen, ist der Beurtheilung des Richters im konkreten Falle zu überlassen. Eine erschöpfende und ausschließende Aufzählung aller s. g. Bankerutthandlungen, wie in ihrer kasuistischen Weise die englischen und amerikanischen Konkursgesetze sie versuchen [1]), ist unmöglich; eine Exemplifikation gegenüber der freien Ueberzeugungstheorie (Proz. Ordn. §. 244.) entbehrlich. Nur die Hervorhebung des am häufigsten vorkommenden Falls, der bereits mehrfach erwähnten Zahlungseinstellung, ist angemessen erschienen. Sie soll der Zahlungsunfähigkeit gleichstehen, d. h. den Beweis derselben erübrigen. Den Begriff der Zahlungseinstellung zu definiren, nimmt der Entwurf Abstand. Die im art. 441. des Code unternommene Feststellung bestimmter Anhaltspunkte ist allseitig als verfehlt anerkannt und sowohl in dem Gesetz von 1838, als in dem belgischen und holländischen und den meisten anderen Konkursgesetzen aufgegeben [2]). Die Preußische Konkursordnung hat es noch für nothwendig erachtet, der Praxis einen Fingerzeig zu geben; ihre Erläuterung aber (§. 113.), Zahlungseinstellung sei vorhanden, wenn der Gemeinschuldner seine Zahlungsunfähigkeit selbst erkläre oder wegen Zahlungsunfähigkeit sein Geschäft schließe oder wenn aus andern Umständen erhelle, daß dasselbe sich in dem Zustande der Zahlungsunfähigkeit befinde, ist theils selbstverständlich, theils nicht geeignet, dem Richter die Anwendung des Gesetzes zu erleichtern. Mit Recht bemerken dagegen die Motive zu dem Preußischen Entwurf eines Handelsgesetzbuchs, S. 373:

»die Zahlungseinstellung ist eine nach der unendlichen Verschiedenheit der Fälle in den verschiedensten Weisen zur Erscheinung kommende Thatsache, deren Auffassung der Anschauung des Falles und des kaufmännischen Verkehrslebens und der vernünftigen Einsicht des Richters anheimgegeben werden muß.«

---

1) Vergl. Anlageband S. 101 f. 117.

2) Vergl. Rénouard I. p. 235, Kommissionsbericht der Belgischen Kammer zu art. 437. des Gesetzes vom 18. April 1851.

Die Richtigkeit dieses Satzes ist durch die Erfahrung bestätigt; nicht nur der Handelswelt, sondern allen Verkehrskreisen sind Begriff und Bedeutung des Worts vollkommen geläufig, und auch die Praxis hat in der Handhabung desselben keinen erheblichen Fehltritt begangen. Ein Hinweis auf die beiden Hauptgesichtspunkte, welche man stets im Auge zu halten hat, möchte indeß nicht überflüssig sein. Diese sind:

1) daß die Zahlungseinstellung eine allgemeine sein;

2) daß sie in der Zahlungsunfähigkeit ihren Grund haben muß.

Zunächst also muß aus dem Akte der Zahlungseinstellung hervorgehen, daß nicht eine bestimmte einzelne Zahlung und nur diese, sondern daß alle vorkommenden Zahlungen unterbleiben sollen[1]). Hierzu ist freilich keineswegs die Unterlassung mehrerer Zahlungen erforderlich; ein einziger Fall der Nichtzahlung kann den auf die allgemeine Zahlungseinstellung gerichteten Willen genügend dokumentiren, und diese kann auch in einer anderen Handlung, als einer Nichtzahlung enthalten sein. Umgekehrt wird die Zahlungseinstellung nicht nothwendig beseitigt durch vereinzelte Zahlungen und Rechtsgeschäfte, welche der Gemeinschuldner vielleicht später vornimmt. Die allgemeine Zahlungseinstellung braucht nicht eine absolute zu sein, und gerade hierauf beruht die Anfechtbarkeit der nachträglich vorgenommenen Zahlungen.

Das zweite der aufgestellten Requisite ist nicht minder in der Natur der Sache begründet. Es leuchtet von selbst ein, daß eine Zahlungsweigerung auf Grund von Einreden oder Gegenforderungen oder aus anderen besonderen Motiven ebensowenig als eine Zahlungseinstellung im Sinne des Gesetzes aufgefaßt werden kann, wie eine Nichtzahlung aus bloßer Nachlässigkeit. Aus den vorliegenden Umständen muß sich vielmehr ergeben, daß es sich um ein Nichtkönnen, um eine Aeußerung der Unfähigkeit zu zahlen handelt. Die eigene gerichtliche oder außergerichtliche Insolvenzerklärung des Gemeinschuldners, fruchtlose Exekutionsvollstreckung gegen denselben, Schließung des Geschäfts, heimliche Entfernung oder Latitiren des Gemeinschuldners ohne Sorge für Vertretung, obgleich Zahlungen zu leisten sind: diese und ähnliche Umstände werden in den meisten Fällen dem Richter die Ueberzeugung gewähren, daß Zahlungsunfähigkeit vorhanden ist. Nirgendwo aber ist die Möglichkeit einer Widerlegung der aus solchen Umständen sich ergebenden Vermuthung ausgeschlossen. Je weniger das richterliche Urtheil hier eingeschränkt wird, desto eher wird demselben die richtige Entscheidung im konkreten Falle gelingen.

Die zunächst für das französische Recht angeregte Frage, ob nur die Nichtzahlung von Handelsschulden oder auch die von Privatschulden für die Zahlungs-

1) »La cessation doit porter sur la généralité des paiements.« Rénouard I. p. 234.

einstellung von Erheblichkeit sei, kann da, wo weder der Konkurs auf Kaufleute beschränkt, noch in Ansehung desselben zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten unterschieden wird, kaum aufgeworfen werden. Wenn thatsächlich auf die pünktliche Berichtigung von Privatschulden weniger Gewicht gelegt zu werden pflegt, so ist hierin nur ein Anlaß zu finden, dem Grunde einer Nichtzahlung solcher Schulden genauer nachzuforschen. Auf das Entschiedenste aber ist der Auffassung entgegenzutreten, daß die Zahlungseinstellung ein spezifisch kaufmännischer, ausschließlich in den Eigenthümlichkeiten des eigentlichen Handelsverkehrs begründeter Begriff sei. Der Hinweis auf die oben angeführten Beispiele eines nach Handelsrecht nicht kaufmännischen, obgleich in streng kaufmännischen Formen geführten Geschäftsbetriebs wird zur Widerlegung dieser Ansicht genügen. Denkbar ist die Zahlungseinstellung überall, wo sich der Begriff der laufenden Zahlungen findet. Der Stand und die Person des Schuldners ist nicht entscheidend. Selbst bei einem Privatmann, der weder ein kaufmännisches noch ein sonstiges Gewerbe, der aber Geldgeschäfte betreibt, kann die eintretende Zahlungsunfähigkeit sich in einer Zahlungseinstellung äußern, wenn er z. B. einen laufenden Wechselverkehr unterhalten hat und nun außer Stand gesetzt ist, die laufenden Wechsel zu bezahlen. Allerdings würde man mit der Behauptung zu weit gehen, daß sie stets bei Jedermann vorkommen könne. Alle Fälle der Zahlungsunfähigkeit lassen sich nicht durch die Zahlungseinstellung decken und deshalb sind, um allen Schwierigkeiten aus dem Wege zu gehen, die beiden Begriffe nebeneinander gestellt worden. —

Die vorstehenden Ausführungen über die Requisite der Konkurseröffnung haben, wie aus ihrem Inhalt hervorgeht, überall zur Voraussetzung das Vorhandensein einer physischen oder juristischen Person, welche als Herr des Vermögens mit der Außenwelt in Berührung tritt. Nur ihr gegenüber kann von einer Berücksichtigung der Erwerbsfähigkeit und des Kredits, von Zahlungsunfähigkeit und Zahlungseinstellung die Rede sein. Wesentlich anders liegt die Sache bei einem Nachlaß. — Mag es sich um eine erblose Verlassenschaft handeln, mag der Erbe von der Rechtswohlthat des Inventars oder mögen die Gläubiger von ihrem Separationsrecht Gebrauch gemacht haben: immer haben die Gläubiger es lediglich mit einem von der Person ihres Schuldners losgetrennten Vermögensinbegriff zu thun, aus dem allein sie ihre Befriedigung zu suchen haben. Für die Frage, ob der Konkurs zu eröffnen, kann daher nur die Suffizienz oder Insuffizienz des Nachlasses entscheidend sein. Im ersteren Falle fehlt für die Gläubiger das rechtliche Interesse an der Einleitung des Gemeinschuldverfahrens; die gewöhnlichen prozessualischen Mittel genügen, ihnen durch den Erben oder Kurator zu ihrer Befriedigung zu verhelfen. Reicht dagegen der Nachlaß zur Deckung der Schulden

nicht aus, so macht sich dem Erben gegenüber der dem Separationsrecht der Gläubiger zu Grunde liegende Satz geltend, »bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno.« Der Nachlaß wird für ihn faktisch seinem ganzen Umfange nach zu einer fremden Sache; er hat kein Recht, mit demselben fortzuwirthschaften und ihn zum Gegenstande seiner Spekulationen zu machen. Die Gläubiger sind es in Wirklichkeit allein, welche über den Nachlaß zu verfügen haben, da derselbe ausschließlich die Bestimmung hat, zu ihrer gemeinschaftlichen und gleichmäßigen Verwendung zu dienen. Es kann ihnen nicht verwehrt werden, diese ihre Angelegenheit selbst in die Hand zu nehmen und zu dem Ende die Konkurseröffnung herbeizuführen. Diese dient sogar zum Schutze des Erben, wo derselbe verpflichtet sein würde, bei Befriedigung der Gläubiger die gesetzliche Prioritätsordnung zu beobachten (vergl. A. L. R. I. 9. §§. 452. ff., Code civil[1]) art. 806).

Der Entwurf beläßt es hiernach für die Eröffnung des Konkurses über einen Nachlaß bei dem gemeinrechtlichen Erforderniß der Insuffizienz. Die Feststellung derselben begegnet nicht denselben Schwierigkeiten, wie bei dem Vermögen eines Lebenden; vielfach wird sie erleichtert werden, durch die ohnedies gebotene Inventarisirung des Nachlasses; einer weiteren Erleichterung durch gesetzliche Fiktionen und Präsumtionen (vergl. Preuß. Konk. Ordn. §. 323.) bedarf es nach Aufhebung der positiven Beweisregeln nicht mehr.

Der art. 437. des Französischen Fallimentsgesetzes räumte der Zahlungseinstellung eines Kaufmanns eine weitergehende Wirkung ein. Dieselbe sollte, wenn der Kaufmann in diesem Zustande gestorben war, noch innerhalb Jahresfrist nach seinem Tode die Eröffnung des Falliments rechtfertigen, und diese Bestimmung ist unter Aufhebung der Zeitbeschränkung in den §. 114. der Preußischen Konkursordnung übergegangen. Für das französische Recht lag gegenüber der prinzipiellen Beschränkung des Falliments auf Kaufleute ein dringendes praktisches Bedürfniß zu einer solchen Vorschrift vor. Ohne schwere Schädigung der Interessen der Gläubiger konnte man nicht zugeben, daß der Tod eines Kaufmanns den Gläubigern desselben das ihnen durch seine Zahlungseinstellung bereits erworbene Recht auf Konkurseröffnung wieder entziehe. Vom Standpunkte der Preußischen Konkursordnung war die Bestimmung allenfalls gerechtfertigt durch die zwischen dem kaufmännischen und dem gemeinen Konkurse bestehenden Verschiedenheiten[2]). Beides ist für den Entwurf nicht zutreffend und deshalb hat in denselben eine entsprechende

---

1) Zachariä Bd. 4. S. 108.

2) Dasselbe gilt von der dem Belgischen Fallimentsgesetz entnommenen Vorschrift des §. 114. Nr. 1., nach welcher der kaufmännische Konkurs auch dann stattfinden soll, wenn ein früherer Kaufmann innerhalb Jahresfrist seit der Aufgabe des Geschäfts seine Zahlungen einstellt.

Vorschrift nicht aufgenommen werden können. Hieraus folgt jedoch nicht, daß für den Konkurs über einen Nachlaß die bei Lebzeiten erfolgte Zahlungseinstellung des Erblassers vollständig bedeutungslos sei. Formell wird dieselbe immer ein erhebliches Moment für den Beweis der Nachlaßinsuffizienz abgeben, und materiell behält sie, wenn es auf Grund der letzteren zur Konkurseröffnung kommt, für die Anfechtung der von dem Erblasser oder dem Erben vorgenommenen Dispositionen ihre volle Wirkung (vergl. §. 35).

§. 101.

Pr. K. O. §§. 114. 324.

Der §. 324. der Preußischen Konkursordnung untersagt die Eröffnung des gemeinen Konkurses über einen Nachlaß, so lange dem Erben die gesetzliche Ueberlegungsfrist zu Statten komme. Für den so eben besprochenen Fall des kaufmännischen Nachlaßkonkurses bestimmt der §. 114. das Gegentheil und erklärt sogar den vorbehaltlosen Erbschaftsantritt des Erben für einflußlos. Die letztere Vorschrift ist dahin motivirt, daß die bei Lebzeiten des Erblassers erfolgte Zahlungseinstellung den thatsächlichen Ausbruch des Konkurses darstelle, der Fall daher ebenso zu behandeln sei, als wenn der Gemeinschuldner erst nach der wirklichen Eröffnung gestorben sei, und daß die Erklärung des Erben für sich allein die vorhandene Veranlassung des Konkurses nicht wieder aufheben könne. Wenn diese Gründe richtig sind, so leuchtet nicht ein, weshalb dieselben da ihre Anwendbarkeit verlieren sollen, wo nicht die Thatsache der Zahlungseinstellung, sondern materielle Insuffizienz das Recht auf den Konkurs begründet. — Offenbar haben bei dem §. 324., über dessen Entstehung die Materialien der Preußischen Konkursordnung keinen Aufschluß geben, die landrechtlichen Bestimmungen vorgeschwebt, welche den Schutz des Erben gegen Angriffe der Gläubiger während der Deliberationsfrist bezwecken. Nach §. 386. I. 9. des Allgemeinen Landrechts soll der Erbe während dieser, auf 6 Wochen resp. 3 Monate seit der Wissenschaft von dem Anfalle festgesetzten Frist nicht schuldig sein, sich auf Forderungen der Erbschaftsgläubiger einzulassen und Prozesse des Erblassers fortzusetzen. In diesen Bestimmungen liegt aber nichts dem preußischen Recht Eigenthümliches. Das römische Recht, welches nicht eine gesetzliche, sondern nur eine dem Erben auf dessen eigenen oder auf den Antrag anderer Interessenten von dem Richter zu setzende Deliberationsfrist kennt, enthält in der l. 22. §. 11. C. de jure delib. (6, 30) ähnliche Vorschriften für die Zeit, während welcher der Erbe mit der Aufstellung des Inventars beschäftigt ist. Ebenso verordnet der art. 797. des Code civil, daß für die Dauer der für die Errichtung des Inventars und als Bedenkzeit nachgelassenen

Fristen (von 3 Monaten und 40 Tagen, art. 795.), der Erbe[1]) weder verurtheilt, noch genöthigt werden könne, eine Eigenschaft anzunehmen (à prendre qualité). Nichtsdestoweniger bildet weder nach gemeinem noch nach französischem Recht die Deliberations- oder Inventarienfrist ein Hinderniß für die Konkurseröffnung. Schon dieser Umstand muß Bedenken erregen. Geht man aber auf den Grund und Zweck der mitgetheilten civilrechtlichen Vorschriften zurück, so erkennt man bald die Unzulässigkeit ihrer ausdehnenden Anwendung auf den Konkurs. Sie wollen nur verhindern, daß der Erbe zu Dispositionen über den Nachlaß gedrängt werde, welche sein Recht auf Erbschaftsentsagung oder auf die Rechtswohlthat des Inventars gefährden oder wenigstens eine persönliche Verantwortlichkeit desselben durch Verletzung der Prioritätsordnung begründen könnten[2]). Von einer solchen Gefahr kann nur da die Rede sein, wo einzelne Gläubiger ihre besondere Befriedigung suchen; hier handelt es sich dagegen um die Herbeiführung eines Verfahrens, dessen gesetzlich geordnete Formen die gleichmäßige Vertheilung des unzulänglichen Nachlasses unter alle Erbschaftsgläubiger garantiren und welches zugleich dem Erben jede persönliche Verantwortlichkeit aus der Nachlaßverwaltung abnehmen soll. Zweifellos stellt die Vertretung des Nachlasses in dem Eröffnungsverfahren eine für den Erben präjudizirliche pro herede gestio oder immixtio nicht dar. Dies wird auch von der Preußischen Konkursordnung angenommen, da nach richtiger Auslegung das Verbot des §. 324. kein absolutes ist, sondern nur dem Erben einen Einwand gewährt, dessen Nichtgebrauch seine Erbenqualität keineswegs unwiderruflich macht. Sein Wahlrecht, die Erbschaft zu behalten (bezw. zu erwerben) oder derselben zu entsagen, bleibt daher ungeschmälert, ebenso die Erlangung oder Bewahrung des beneficium inventarii; in beiden Beziehungen bringt ihm der Konkurs sogar Vortheile. Der einzige denkbare Nachtheil für den Erben besteht in der Möglichkeit einer weniger günstigen Verwerthung des Nachlasses und der Schmälerung desselben durch die Kosten des Konkursverfahrens; hierdurch werden aber die Gläubiger nicht minder betroffen, und es steht

---

1) Die Vorschrift bezieht sich direkt nur auf die sogenannte héritiers légitimes, d. h. die intestaterbberechtigten ehelichen Blutsverwandten des Erblassers, welche in Bezug auf Erwerb und Ausschlagung der Erbschaft im wesentlichen den sui heredes des römischen Rechts gleichstehen, nicht auf die sogenante héritiers irréguliers (natürliche Kinder, Ehegatte, Staat) und die Testamentserben (légataires universels und à titre universel). Ueber das Verhältniß beider Klassen zum Erwerbe der Erbschaft, vergl. die Ausführungen zum §. 9. Ob und wie den unregelmäßigen und Testamentserben nach ihrer Einweisung in den Besitz die Rechtswohlthat des Inventars zu Statten kommt, ist streitig. s. darüber Zachariä Bd. 4. §§. 609. 614. 640. 717. 720.; Thibaut, Französisches Civilrecht §§. 229, 241.

2) Ueber die dem Erben in dieser Richtung obliegenden Verpflichtungen vergl. Windscheid, Pandekten III. S. 217, A. L. R. I. 9. §§. 444. ff., Code civil artt. 803. ff., Zachariä §. 619.

demselben das weit überwiegende Interesse der Letzteren gegenüber, nicht mit ihrer ohnedies unvollständigen Befriedigung (die Unzulänglichkeit des Nachlasses wird ja immer vorausgesetzt) auf eine unbestimmte Zukunft verwiesen zu werden. Man denke nur an den keineswegs seltenen Fall, daß eine Erbschaft nach einander mehreren Erben angeboten werden muß und jeder die volle Ueberlegungsfrist ausnutzt[1]). Die höchst unwahrscheinliche Eventualität, daß sich endlich ein Erbe finden werde, welcher aus eigenen Mitteln alle Erbschaftsgläubiger voll befriedigt, kann diesen für so greifbare Nachtheile keinen Ersatz gewähren.

Der Entwurf hat deshalb den §. 324. der Preußischen Konkursordnung nicht übernommen, sondern in Uebereinstimmung mit allen anderen bekannten Gesetzgebungen der Ueberlegungsfrist jeden Einfluß auf die Konkurseröffnung versagt.

§§. 102—111.

Pr. K. O. §§. 116. ff. 137. 306. 326. ff. 339.

Nach Feststellung der materiellen Voraussetzungen des Konkurses ist das Eröffnungsverfahren selbst in den §§. 102—111. geregelt, und zwar wesentlich abweichend von den Vorschriften der Preußischen Konkursordnung. Bei Erlaß der letzteren hatte man den Rechtszustand vor Augen, welcher sich unter der Herrschaft der allgemeinen Gerichtsordnung gebildet hatte. Diese verlangte, von wenigen Ausnahmefällen abgesehen (Allg. Ger. Ordn. I. 50. §. 4.) eine vorschriftsmäßige kontradiktorische Instruktion über das Vorhandensein der Vermögensunzulänglichkeit, welche bei einem Widerspruche des Gemeinschuldners nach den strengen Beweisregeln nachgewiesen werden mußte. Hierdurch mußte das Verfahren vielfach in einer die Interessen der Gläubiger auf das Höchste beeinträchtigenden Weise in die Länge gezogen werden, ohne daß dagegen die für statthaft erklärten vorläufigen Sicherheitsmaßregeln ausreichenden Schutz gewährten. Der Hauptübelstand lag aber in der bereits erörterten Schwierigkeit, die wirkliche Insuffizienz festzustellen, und darin, daß man dem Eröffnungsurtheil die vorläufige Vollstreckbarkeit versagte. Die Preußische Konkursordnung ging zu weit, indem sie sich nicht auf die Beseitigung dieser Mängel beschränkte, sondern das Eröffnungsverfahren völlig formlos und jeder Verhandlungsmaxime zuwider gestaltete. Auf den mit den nöthigen Erfordernissen versehenen Antrag oder in den zulässigen Fällen von Amtswegen soll das Gericht den Konkurs durch einen in berathender Sitzung gefaßten motivirten Beschluß aussprechen, und es ist ganz seinem Ermessen anheimgestellt, ob es zuvor noch Ermittelungen durch Ver-

---

1) Vergl. A. L. R. I. 9. §§. 397. 408.

nehmung des Gemeinschuldners oder in anderer Weise anstellen will (§§. 119. 326). Dieser Beschluß ist sofort vollstreckbar und nur vermittelst einer binnen 10 Tagen einzureichenden Wiederaufhebungsklage (§§. 124. 330.) anzufechten, über welche das Konkursgericht im schleunigen Prozesse unter Vorbehalt der Appellation und Nichtigkeitsbeschwerde zu befinden hat. Mit bedrohlicher Leichtigkeit kann der Konkurs eröffnet werden, und die Beseitigung eines häufig entschuldbaren Mißgriffs ist kaum erreichbar. Oft ist in der Praxis die Eröffnung des Konkurses ohne Anhörung des nicht zur Stelle befindlichen Schuldners, ohne gerichtliche Vernehmung des provozirenden Gläubigers oder anderer Personen, nicht selten lediglich auf den bescheinigten Antrag beschlossen; und nicht vereinzelt ist vorgekommen, daß ein Erkenntniß auf Wiederaufhebung des zu Unrecht eröffneten Konkurses vollstreckbar wurde zu einer Zeit, als die Masse bereits völlig versilbert und durch Vertheilung nahezu erschöpft war. — Es erscheint im hohen Grade bedenklich, daß ein Beschluß, der vollständig die rechtliche Natur eines Erkenntnisses hat, und viel tiefer als ein gewöhnliches Erkenntniß eingreift in die Verhältnisse der Parteien, in das gesammte Rechtsleben einer Person und in die Rechte der gesammten, nicht übersehbaren Zahl von Gläubigern und Schuldnern derselben, — daß ein solcher Beschluß ohne jede Verhandlung, ohne jedes formelle Vorverfahren gefaßt werden kann. Das bloße Vertrauen in die Gewissenhaftigkeit des Gerichts kann eine solche Abweichung von den obersten Prozeßgrundsätzen um so weniger rechtfertigen, als den Gerichten die Organe fehlen, durch welche sie sich eine zuverlässige Information zu verschaffen vermöchten. Auch die Gläubiger haben ein erhebliches Interesse daran, daß vor der Entscheidung über den Eröffnungsantrag ihnen wenigstens Gelegenheit geboten werde, ihre Erklärungen abzugeben. Dem gemeinrechtlich vorgeschriebenen und auch von neueren deutschen Konkursgesetzen (vergl. Bayern Art. 1193., Württemberg Organisationsedikt §§. 160. ff.) als Regel beibehaltenen Vorverfahren (Vermögensuntersuchung, Diskussionsprozeß) ist daher die innere Berechtigung nicht abzusprechen. Der Entwurf kehrt zu demselben zurück, ist aber bestrebt, das Verfahren im wesentlichen mit den Grundsätzen der Prozeßordnung in Einklang zu halten und es so zu gestalten, daß es nicht zu ungebührlichen Verzögerungen führt.

Der Eröffnungsantrag, welcher nach den allgemeinen Vorschriften (Proz. Ordn. §. 432.) bei der Gerichtsschreiberei des Amtsgerichts schriftlich oder zu Protokoll anzubringen ist, muß in sich substantiirt und, wenn er von einem Gläubiger gestellt wird, in den zu seiner Begründung dienenden thatsächlichen Anführungen glaubhaft gemacht sein (vergl. Proz. Ordn. §. 251). Zur Begründung gehört es, daß der Gläubiger seine Sachlegitimation darthut und daher auch seine Forderung

glaubhaft macht. Die Preußische Konkursordnung (§§. 118. 321.) verlangt die Bescheinigung der Forderung nicht; mit Recht aber stellt schon die Oesterreichische Konkursordnung (§§. 63. 64. 198.) die Bescheinigung als Erforderniß hin. — Durch die dem antragstellenden Gemeinschuldner zur Pflicht gemachte Vorlegung eines Vermögensstatus soll für das Verfahren die erste Grundlage gewonnen werden. Die in einzelnen Gesetzgebungen vorgeschriebenen formellen Erfordernisse eines Inventars sind für diesen Status nicht wesentlich; dagegen muß derselbe, um seinem Zwecke zu entsprechen, ersichtlich machen, welche Vermögensstücke einem Anspruche auf Herausgabe oder auf abgesonderte Befriedigung unterliegen. Bei zweifelhaften Forderungen wird der wahrscheinliche Werth, bei den Schulden außer dem Betrage auch der Rechtsgrund anzugeben sein. Die Angabe des Wohnorts der Gläubiger und Schuldner ist mit Rücksicht auf die nach der Konkurseröffnung sofort zu erlassenden Benachrichtigungen (§. 113.) erforderlich; wünschenswerth wird in vielen Fällen auch die Bezeichnung der Wohnung erscheinen. Die Geschäftsbücher des Gemeinschuldners müssen der Disposition desselben entzogen und gegen nachträgliche Veränderungen geschützt werden. Eine Hinterlegung derselben auf der Gerichtsschreiberei ist nicht unter allen Umständen thunlich und nothwendig; jedenfalls aber sind sie in zweckentsprechender Weise unter gerichtliche Sperre zu nehmen. (§§. 102. 103).

Da schon die bloße Einleitung des Eröffnungsverfahrens von den erheblichsten Rechtsfolgen für den Gemeinschuldner und für seine Gläubiger begleitet ist, so muß dieselbe einer richterlichen Prüfung unterworfen sein (§. 104). Entspricht der Antrag den gesetzlichen Erfordernissen nicht, so ist er durch Beschluß, welcher der Beschwerde unterliegt (Proz. Ordn. §. 499.), zurückzuweisen. Die Zurückweisung hat insbesondere zu erfolgen, wenn der antragstellende Gläubiger seine Angaben nicht glaubhaft gemacht hat. Dagegen gehört die Uebergabe der Bücher von Seiten des Gemeinschuldners nicht zu den Requisiten des Antrages, und bei etwaigen Mängeln in der von demselben zu überreichenden Vermögensübersicht oder in dem Verzeichniß der Gläubiger oder Schuldner wird das Gericht in jedem Falle zu erwägen haben, ob dieselben erheblich genug sind, um die Einleitung des Verfahrens aufzuhalten. Eine Zurückweisung wegen unzureichender Masse (§. 108.) findet im Dekreturwege nicht statt.

Erscheint der Antrag an sich zulässig und begründet, so ist ein Verhandlungstermin anzusetzen und der Gemeinverwalter zu ernennen. Die letztere Bestimmung knüpft gleichfalls an die gemeinrechtliche Praxis an, welche schon in dem präparatorischen Verfahren die Ernennung des interimistischen Kurators

gestattet und nicht selten geschehen läßt[1]). Die in diesem Stadium vielleicht anfechtbare Bezeichnung »Gemeinverwalter« empfiehlt sich aus Zweckmäßigkeitsrücksichten, weil dadurch Spezialbestimmungen über die Befugnisse und Pflichten desselben erübrigt werden und die Kontinuität des Verfahrens für den Fall der Konkurseröffnung sich auch äußerlich kundgiebt. Der Gemeinverwalter soll in dem Vorverfahren der Regel nach keine Parteirolle wahrnehmen, vielmehr dem Gericht als amtliche Auskunftsperson dienen und statt desselben für die im allgemeinen Interesse erforderlichen Sicherheitsmaßregeln Sorge tragen. Nach der im Gebiete der Preußischen Konkursordnung herrschenden Praxis standen dem Gericht zu seiner Information andere Mittel als die Vernehmung des Gemeinschuldners und die Aussendung eines Richters oder Büreaubeamten in die Geschäftslokale desselben kaum zu Gebote. In dringenden Fällen sollte dasselbe befugt sein, schon vor der Beschlußfassung über die Konkurseröffnung eine Verhaftung des Gemeinschuldners, Siegelung, offenen Arrest und Beschlagnahme der Immobilien auf Antrag eines Gläubigers oder von Amtswegen eintreten zu lassen (Preuß. Konk. Ordn. §. 137). Es fehlte ihm aber hierbei jeder sichere Anhalt, wenn es nicht in inquisitorischer Weise in die Vermögensverhältnisse des Gemeinschuldners eindringen wollte. Eine solche Thätigkeit steht auf dem Gebiete des Civilrechts dem Richter nicht an. Durch die Vorschriften der Prozeßordnung über das richterliche Pfandrecht (Proz. Ordn. §§. 645. 742.) und bei dem in einzelnen Fällen nicht unbeträchtliche Zeit dauernden Vorverfahren gewinnen aber diese provisorischen Anordnungen an Wichtigkeit und werden ohne Zweifel häufiger als bisher zur Anwendung kommen. Um so mehr ist es erforderlich, ein verantwortliches Organ zu schaffen, welches schon jetzt die gemeinsamen Interessen aller Betheiligten unparteiisch wahrnimmt.

Der Gemeinverwalter also ist es, auf dessen Antrag das Gericht zur Sicherung aller Gläubiger einzuschreiten hat. Derselbe ist in seinen Anträgen unbeschränkt, da der Entwurf alle nach der Konkurseröffnung zulässigen Sicherheitsmaßregeln auch bereits in dem Vorverfahren gestattet. Offener Arrest und Personalhaft sind nicht ausgeschlossen. Das Gericht hat jedoch über die Anträge selbständig zu entscheiden und wird sich hierbei immer durch die Umstände des Einzelfalles leiten lassen. Wo nicht der Gemeinschuldner selbst die Eröffnung des Verfahrens beantragt oder sonst die Voraussetzungen der Konkurseröffnung klar vorliegen, wird in der Regel das Gericht solche Maßregeln vermeiden, welche den Kredit des Gemeinschuldners vernichten oder unwiederbringlich beschädigen müßten. Durch Siegelung, durch Erlaß von Inhibitorien, durch Eintragung von Sperr-

1) v. Bayer §. 47. a. E.; Fuchs §. 15. a. E.

vermerken in den Grund- und Hypothekenbüchern ist gewiß in vielen Fällen ein genügender Schutz für die Gläubiger ohne rücksichtslose Härte gegen den Gemeinschuldner zu erreichen.

Unter den zulässigen Sicherheitsmaßregeln hebt der §. 105. speziell ein Veräußerungsverbot an den Gemeinschuldner hervor. Dasselbe soll, abgesehen von seinen sonstigen Wirkungen, welche sich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen bestimmen, insbesondere die Benachtheiligung der Gläubigergesammtheit durch fernere Zwangsvollstreckungen verhindern. Die Nothwendigkeit, auf dem Gebiete des Konkurses das in der Prozeßordnung angenommene Prinzip des exekutorischen Pfandrechts zur Abwendung unberechtigter Bevorzugungen einzelner Gläubiger zu mildern, ist schon in den Motiven zum §. 645. der Prozeßordnung anerkannt. Soweit hierzu die Vorschriften über die Anfechtung nicht ausreichen, glaubt der Entwurf in der dem Veräußerungsverbot gegenüber späteren Zwangsvollstreckungen beigelegten Wirkung ein zweckentsprechendes Mittel gefunden zu haben. Die sofortige Sistirung aller Exekutionen (wie sie z. B. das Englische Bankeruttgesetz s. 13 gestattet) erscheint unthunlich, weil dadurch für den Fall der Zurückweisung des Eröffnungsantrags die andringenden Gläubiger in ungerechtfertigter Weise geschädigt werden könnten. Es muß genügen, den später erworbenen Pfandrechten den Gemeingläubigern gegenüber, vorausgesetzt also, daß es demnächst zur Konkurseröffnung kommt, die dingliche Kraft zu versagen. Nur fragt es sich, mit welchem Moment das Verbot die durch die Konkurseröffnung bedingte Wirkung erlangen soll? Eine Zustellung des Verbots an die Gläubiger ist aus einleuchtenden Gründen unmöglich; die Zustellung an den Gemeinschuldner würde für die Gläubiger nicht erkennbar sein. Schon dem Erlaß des Verbots die Wirkung von Rechtswegen beizulegen, muß Bedenken erregen. Erst die Konkurseröffnung bewirkt (§. 7.) die Verfügungsunfähigkeit des Gemeinschuldners (§. 8.) und die Unwirksamkeit des von einem Gemeingläubiger nachträglich erlangten Absonderungsrechts (§. 16.), auch ohne Kenntniß des Gläubigers. Die darin liegenden Härten werden gemildert durch die allemal sofort eintretende Veröffentlichung (§§. 112—114). Vor der Konkurseröffnung besteht zwar der durch sie anerkannte Gemeinschuldanspruch; dieser ist aber blos obligatorischer Natur. Der Gemeinschuldner ist noch verfügungsfähig und jeder Gläubiger in seinem Vorgehen unbehindert. Schranken setzt nur das in einer absichtlichen oder bewußten Verletzung des Gemeinschuldanspruchs begründete Anfechtungsrecht. Die Wirksamkeit eines vor der Konkurseröffnung durch Zwangsvollstreckung erlangten und dinglich gewordenen Pfandrechts ist unanfechtbar, sofern der Gläubiger von der Zahlungseinstellung oder dem Antrage auf Konkurseröffnung keine Kenntniß gehabt und sonst redlich gehandelt hat

(§§. 28. 29. 31). Allerdings ist gerade dies ein in der Praxis fühlbarer Mangel, dessen Beseitigung der Entwurf durch das Veräußerungsverbot erstrebt. Der Entwurf darf aber nicht mit seinen Prinzipien in Widerspruch treten. Unwirksamkeit des gültigen Pfandrechts ohne Veröffentlichung des Veräußerungsverbots und ohne Kenntniß desselben durch den Gläubiger, — das zu statuiren, würde zu weit gehen. Aber die Kenntniß kann ersetzt werden durch die Bewirkung einer öffentlichen Bekanntmachung des Verbots. Diese rechtliche Fiktion wird nicht oft fern sein von der thatsächlichen Kenntniß; sie wird ausreichen zum Schutze der übrigen Gläubiger, und die Veröffentlichung des Verbots wird, wenn nach der Lage des Falles das Gericht den Erlaß desselben für nothwendig hält, als ein unzulässiger Eingriff in die Rechte des Schuldners nicht zu erachten sein, — nicht mehr wenigstens als ein nach §. 137. Abs. 2. der Preußischen Konkursordnung sogar von Amtswegen zulässiger offener Arrest. — Besitzt der Schuldner ingrossirte Grundstücke oder Hypotheken, so hat der Verwalter ohne Verzug die Eintragung des Veräußerungsverbots in die Grund- und Hypothekenbücher zu betreiben, wenn er nicht schon im einzelnen die Eintragung von Sperrvermerken bewirkt hatte. Ob das Veräußerungsverbot schon vor der Eintragung gegenüber dem öffentlichen Glauben der Grundbücher wirksam ist, richtet sich nach dem Landesrecht; die Wirksamkeit tritt ein, soweit eine Kenntniß des Gläubigers davon, daß dem Besitzer des Grundstücks oder dem Inhaber der Hypothek ꝛc. die Veräußerung gerichtlich untersagt ist, dem gültigen Erwerbe des durch Zwangsvollstreckung erwirkten Pfandrechts entgegensteht. —

Alle zulässigen Sicherheitsmaßregeln fallen unter den Begriff des Arrestes oder der einstweiligen Verfügungen; sie zeichnen sich von ihnen dadurch aus, daß sie nicht die Sicherung einer einzelnen, sondern aller bestehenden Gemeinforderungen bezwecken. Auf das Verfahren finden daher die Vorschriften der Prozeßordnung Buch 8. Abschn. 5. zwar in einzelnen Punkten entsprechende Anwendung; insbesondere kann die Entscheidung ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen (§§. 733. 748. a. a. O.). In vielen Beziehungen aber verbietet eine Anwendung sich durch die Verschiedenheit des Gemeinschuldverfahrens im Verhältniß zu einem Rechtsstreit unter einzelnen Parteien. Der Gemeinverwalter hat niemals Kaution zu leisten (§. 733. Abs. 2.), die getroffenen Maßregeln kann der Schuldner nicht durch Kautionsleistung aufheben (§§. 735. 745. ff.); die Aufhebung der Maßregeln kann nur zugleich mit der Abweisung des Antrags auf Konkurseröffnung (Entw. §. 108.) erfolgen u. s. w. — Uebrigens wird durch die Vorschriften des Entwurfs (§. 105.) keineswegs die Befugniß eines jeden Gerichts berührt, Arrestverfügungen auf die innerhalb seines Bezirks befindlichen einzelnen Vermögensstücke des Gemeinschuld-

ners oder gegen die Person des Letzteren zu erlassen (Proz. Ordn. §. 731.); der Gemeinverwalter kann diese Gerichte direkt anrufen. —

Wenn der Gemeinverwalter seine Aufgabe in dem Vorverfahren erfüllen soll, so muß die Ernennung desselben ohne jeden Verzug erfolgen. Es ist daher im Verwaltungswege dahin zu wirken, daß die Gerichte sich im Voraus der zur Uebernahme von Konkursverwaltungen geeigneten Persönlichkeiten und ihrer Bereitwilligkeit zu derselben versichern. Ihre Verpflichtung, die Aushändigung einer Bestallung und die Regelung des Kautionspunktes (§§. 76. 80.) muß sofort nach der Ernennung geschehen; der Amtsantritt wird jedoch durch die Kautionsstellung nicht bedingt. —

Es versteht sich von selbst, daß der Verhandlungstermin nicht weiter hinauszusetzen ist, als die Umstände des Einzelfalles absolut gebieten. Die auch für die zweite Instanz (§. 111.) geltenden Vorschriften des §. 104. a. E. und des §. 106. gewähren hierin dem Gericht die vollständigste Freiheit und machen eine Verschleppung der Sache durch den Gemeinschuldner unmöglich. Wenn der Letztere selbst den Eröffnungsantrag gestellt hat, so wird es meistens thunlich sein, die Frist bis zum Termin auf ein Minimum zu reduciren und dadurch zugleich die provisorischen Sicherheitsmaßregeln überflüssig zu machen. Vollständig kann auch in diesem Falle von dem vorgeschriebenen Verfahren deshalb nicht abgesehen werden, weil es denkbar und thatsächlich vorgekommen ist, daß Gemeinschuldner lediglich zur Chikane ihrer Gläubiger und um sich die Möglichkeit eines Zwangsakkordes zu verschaffen, den Konkurs provocirt haben, obgleich die Voraussetzungen desselben fehlten. Den Gläubigern muß die Gelegenheit gegeben werden, einem solchen Verfahren gegenüber ihr Interesse wahrzunehmen, wobei festzuhalten ist, daß die von dem Gemeinschuldner ausgehende Erklärung seiner Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungseinstellung zwar gegen, aber nicht für ihn beweist.

Daß die Ladung des Gemeinschuldners unterbleiben kann, wenn dieselbe durch öffentliche Zustellung oder im Auslande geschehen müßte, erfordert die Dringlichkeit der Sache und ist für ähnliche Fälle auch in der Prozeßordnung (vergl. §§. 620. 674.) bestimmt. Das Gericht hat darüber zu befinden; ein vermittelnder Ausweg ist demselben in der zugelassenen öffentlichen Bekanntmachung des Termins geboten, welche nicht die rechtliche Bedeutung einer Ladung haben soll, aber dem vielleicht ohne sein Verschulden abwesenden oder unvertretenen Gemeinschuldner thatsächlich die Möglichkeit eröffnet, den Termin zu erfahren. Eine derartige, lediglich im Interesse des Gemeinschuldners erfolgende Publikation kann demselben nicht zur Beschwerde gereichen; für die Gültigkeit der Verhandlungen ist sie nicht wesentlich. Ob einem der gesetzlichen Vertretung entbehrenden Nachlaß

ein besonderer Vertreter zu bestellen ist, bestimmt sich nach den allgemeinen Vorschriften (vergl. Proz. Ordn. §§. 55. 630).

Die nothwendigen Ladungen (§. 104.) soll, wie überall im amtsgerichtlichen Verfahren Regel (vergl. Proz. Ordn. §. 433.), der Gerichtsschreiber von Amtswegen veranlassen. — Soweit nicht ein gesetzlicher Ausnahmefall vorliegt, müssen sie nachgewiesen sein, damit in die Verhandlung eingetreten werden kann. Die Vorschriften der Prozeßordnung (§. 194.) über die Zulässigkeit einer Vertagung von Amtswegen finden ungeachtet des §. 106. entsprechende Anwendung und ermöglichen die Milderung der aus dieser Ausnahmebestimmung sich etwa ergebenden Härten. —

Den Vorschriften des §. 107. über das Verfahren in dem Verhandlungstermine liegt der Gedanke zu Grunde, daß es sich nicht um einen gewöhnlichen Parteistreit, sondern zugleich um die Interessen aller Gemeingläubiger handelt und daß diesen das Eröffnungsurtheil präjudizirt. Hieraus ergiebt sich einmal die Unzulässigkeit des Versäumnißverfahrens, sodann die Berechtigung jedes Gemeingläubigers, welcher seine Forderung glaubhaft macht, sich dem Verfahren anzuschließen, und zwar nicht als bloßer Nebenintervenient, sondern mit uneingeschränkten Parteirechten. Dem Gemeinschuldner ist es zwar ebensowenig, wie jedem andern Provokanten verwehrt, den von ihm gestellten Eröffnungsantrag zurückzunehmen; geschieht dies aber erst in dem Termine, so hat dies eine Aufhebung des für Alle anhängig gewordenen Verfahrens nur dann zur Folge, wenn kein berechtigter Gemeingläubiger den Antrag aufnimmt. Der Umstand ferner, daß der Gemeinverwalter vermöge seiner offiziellen Stellung die Pflicht hat, in dem Termine das allgemeine Interesse wahrzunehmen, rechtfertigt die Annahme, daß ein ausbleibender Antragsteller, welcher nicht ausdrücklich zurückgenommen hat, seine Vertretung gleichfalls dem Verwalter habe anvertrauen wollen. Der Entwurf läßt deshalb das Gericht nach Anhörung des Verwalters auch dann in der Sache entscheiden, wenn von Seiten aller Parteiberechtigten der Termin versäumt wird. Auch in diesem Falle ergeht das Urtheil als ein kontradiktorisches mit Ausschluß des Einspruchs, dessen restitutorische Wirkungen (Proz. Ordn. §. 292.) einem Eröffnungsurtheil gegenüber durchaus nicht am Platze sein würden. Nur dann, wenn ein als Antragsteller aufgetretener Gemeingläubiger den Termin versäumt und weder ein anderer Gläubiger, noch der Verwalter für denselben eintritt, ist es unbedenklich, durch gewöhnliches Versäumnißurtheil die Zurückweisung des Eröffnungsantrages auszusprechen.

Daß in allen anderen Fällen das Gericht nur auf Grund freier Würdigung der Sachlage entscheiden soll, ergiebt die Fassung der §§. 108. und 110.

Die dem Prozeßrichter durch §. 244. der Prozeßordnung gestattete freie Würdigung des gesammten Inhalts der Verhandlungen ist bei der Eröffnung des Gemeinschuldverfahrens von besonderer Bedeutung und macht auch, wie bereits früher bemerkt worden, die Aufstellung gesetzlicher Präsumtionen für das Vorhandensein der Zahlungsunfähigkeit oder Unzulänglichkeit entbehrlich. In der Regel wird der Vortrag des Verwalters, etwa in Verbindung mit einer Vorlegung der Geschäftsbücher des Gemeinschuldners und anderer sofort zugänglicher Schriftstücke, zur Begründung der richterlichen Ueberzeugung ausreichen, jedoch ist eine Beweisaufnahme nach den Parteianträgen nie ausgeschlossen. Unbedenklich kann die Zurückweisung des Antrages auch wegen mangelnder Sachlegitimation geschehen; ein Streit über die Höhe der Forderung des antragstellenden Gläubigers ist aber müßig, da die Legitimation desselben von dem Betrage seines Guthabens nicht abhängt. Die Hannoversche Prozeßordnung (§. 608.) läßt auf Zurückweisung erkennen, wenn die Forderung des Antragstellers von dem Gemeinschuldner vollständig bestritten und nicht die Vollstreckbarkeit derselben sofort bewiesen wird[1]). Eine solche Vorschrift ist jedoch mit dem Prinzip des Entwurfs, jeden Gemeingläubiger als Antragsteller zuzulassen, unverträglich. Es muß genügen, wenn der Gläubiger seine Forderung glaubhaft gemacht und das Gericht nicht die Ueberzeugung von dem Ungrund derselben erlangt hat. Je vollständiger die Legitimation des Gläubigers erwiesen wird, desto besser. Die Konkurseröffnung darf aber, wenn sonst die Erfordernisse derselben klar vorliegen, nicht so lange ausgesetzt werden, bis die einzelne Forderung etwa in langwierigem Prozesse erstritten ist.

Die Befugniß des Gerichts, wegen Geringfügigkeit der Gemeinmasse die Konkurseröffnung abzulehnen (§. 108. Abs. 2.) besteht im Gebiete der Preußischen Konkursordnung bereits zu Recht (Preuß. Konk. Ordn. §§. 306. 339.) und hat sich hier als sehr zweckmäßig erwiesen. Die Oesterreichische Konkursordnung (§. 66.) hat eine ähnliche Bestimmung aufgenommen. Die Zulassung des Konkurses über eine Vermögensmasse, welche voraussichtlich durch die Kosten des Verfahrens aufgezehrt werden wird, kann in der That Niemandem zum Vortheil gereichen. Zu den besonderen Pflichten des Gemeinverwalters gehört es, bei den von ihm anzustellenden Ermittelungen hierauf sein Augenmerk zu richten und durch geeignete Aufklärung bei der mündlichen Verhandlung die Einleitung nutzloser Konkurse zu verhindern. Daß die mit Pfandhypotheken oder sonstigen Absonderungsrechten belasteten Vermögensstücke der Masse nicht zugerechnet werden dürfen, soweit nicht aus denselben ein Ueberschuß für die Gemeingläubiger zu erwarten ist, folgt aus der Bestimmung des §. 4. Die Preußische Konkursordnung (§. 339.)

1) Vergl. s. 9 der Englischen bankr. act.

will für den gemeinen Konkurs auch Besoldungen und andere an die Person des Gemeinschuldners gebundene Einkünfte von der Berechnung ausgeschlossen wissen. Die Bestimmung ist einer zu Gunsten der im Dienst befindlichen Offiziere erlassenen Kabinets-Ordre vom 6. April 1825 entnommen und mit Rücksicht darauf generalisirt worden, daß die bestehenden Vorschriften über die Vertheilung von Besoldungen und anderen dergleichen Einkünften in der Exekutionsinstanz (Verordnung vom 4. März 1834 §§. 17—20, Konk. Ordn. §§. 377. ff.) einen ausreichenden Ersatz für das Konkursverfahren gewährten. Ganz zutreffend war diese Erwägung schon damals nicht, weil bei dem in Bezug genommenen Vertheilungsverfahren (Konk. Ordn. §. 380.), von den bevorzugten Forderungen abgesehen, die erst nach der ersten Beschlagnahme entstandenen den älteren Forderungen nachstanden, und wiederum die Priorität des Beitritts (der Immission) unter den ersteren unbedingt, unter den letzteren wenigstens für das nächste Kalenderjahr ein Vorrecht begründete. Da die Beschlagnahme von Besoldungen ꝛc. sich auch auf die künftig fällig werdenden Beträge und bei einem Diensteinkommen auf die durch eine spätere Beförderung, Versetzung oder Gehaltserhöhung begründeten Bezüge erstreckte, so war in dem Vertheilungsverfahren die im Konkurse geltende Gleichberechtigung der Gemeingläubiger keineswegs gewahrt. Noch weniger aber ist dies nach den Bestimmungen der Prozeßordnung der Fall, weil die schon mehrfach erwähnten Grundsätze derselben über das richterliche Pfandrecht auch auf die Beschlagnahme von Forderungen Anwendung finden (vergl. Proz. Ordn. §§. 645. 668—669). Das ältere Pfandrecht geht also dem jüngeren unbedingt vor und deshalb würde jetzt die Beibehaltung des von der Preußischen Konkursordnung aufgestellten, in sich ungerechtfertigten Ausnahmerechts die Interessen der Gläubiger in erhöhtem Maße gefährden. Dem öffentlichen Interesse ist durch die in der Prozeßordnung (§. 683.) vorgeschriebenen Exekutionsbeschränkungen, welche nach §. 1. auch für den Konkurs zu respektiren sind, genügend Rechnung getragen. Ob die hiervon nicht betroffenen, an die Person des Gemeinschuldners geknüpften Einkünfte in Ermangelung anderen Vermögens eine ausreichende Masse darstellen, um darauf den Konkurs einzuleiten, kann füglich dem Ermessen des Gerichts überlassen bleiben. Häufig wird dasselbe diese Frage gerade deshalb zu verneinen haben, weil durch ältere Pfändungen der exekutionsfähige Theil dieser Einkünfte auf lange Zeit hinaus absorbirt ist. Andererseits ist auch der Fall denkbar, daß das Gericht trotz der Geringfügigkeit der augenblicklich disponiblen Masse die Einleitung des Konkurses deshalb angemessen findet, weil sie die Möglichkeit eröffnet, durch Anfechtung nachtheiliger Rechtshandlungen des Gemeinschuldners Befriedigungsobjekte für die Gläubiger herbeizuschaffen, welche denselben sonst ent-

zogen bleiben würden. — Die Abweisung wegen zu geringer Masse geschieht nur deshalb, weil die Eröffnung den Gläubigern wo nicht zum Nachtheil, so jedenfalls nicht zu zweckdienlichem Nutzen gereichen würde. Aus diesem Umstande darf der Gemeinschuldner nicht Vortheil ziehen. Wenn daher die Bedingungen der Konkurseröffnung sonst vorliegen, so müssen ihn dieselben Folgen treffen, welche er bei Eröffnung des Konkurses in der Ausübung seiner bürgerlichen Ehrenrechte zufolge seiner Zahlungseinstellung erleiden würde. Mit Recht hat die Lübecker Konkursordnung diesen Vorbehalt in die Bestimmung des §. 13. ausdrücklich aufgenommen. Der Entwurf schließt sich dem an. —

Daß bei einer Zurückweisung des Eröffnungsantrages zugleich auf Aufhebung der getroffenen Sicherheitsmaßregeln erkannt werden soll, wird einer besonderen Begründung nicht bedürfen. Die durch diese Maßregeln herbeigeführten Kosten gehören zu den Kosten des Eröffnungsverfahrens, welche nach §. 109. dem abgewiesenen Antragsteller zur Last fallen. Für den Fall der Eröffnung sind alle diese Kosten den Gemeinkosten zuzurechnen, da sie alsdann rückwirkend den Charakter einer Aufwendung im gemeinschaftlichen Interesse annehmen (§. 57).

Nach §. 7. des Entwurfs sollen die Wirkungen des Gemeinschuldverfahrens mit dem Zeitpunkt der Eröffnung desselben beginnen; darum ist die genaue Feststellung dieses Zeitpunktes von besonderer Wichtigkeit. Der §. 110. verordnet, daß dieselbe in dem Eröffnungsurtheil geschehen soll. Natürlich handelt es sich hierbei nicht um eine richterliche Entscheidung, sondern nur um eine Beurkundung. Die Eröffnung fällt mit dem Augenblick der Verkündung des Urtheils zusammen, auch dann, wenn diese ausnahmsweise auf einen späteren Termin vertagt werden möchte (Proz. Ordn. §. 266.), da erst durch die Verkündung das Urtheil bindende Kraft erhält. Ist die Feststellung versäumt, so soll (in Uebereinstimmung mit der Preußischen Konkursordnung §. 121. und Bayern Art. 1206.) die in die Durchschnittsmitte der üblichen Geschäftsstunden fallende Mittagsstunde als Zeitpunkt der Eröffnung gelten, — eine Fiktion, gegen welche ein Gegenbeweis nicht zulässig ist. Daß im Zweifel die am Tage der Eröffnung von dem Gemeinschuldner vorgenommenen Rechtshandlungen der Vermuthung unterliegen, als seien sie erst nach der Eröffnung geschehen, ist im Interesse der Gläubiger bereits im §. 10. bestimmt. Andere Gesetzgebungen (Franz. Gesetz von 1838 art. 443., Oesterreich §. 2.) lassen die Konkurseröffnung auf den Anfang des Tages, an welchem dieselbe ausgesprochen wird, zurückziehen, um Streitigkeiten über die Priorität derselben gegenüber den am Eröffnungstage vorgekommenen Rechtshandlungen auszuschließen; so wünschenswerth aber ein solches Resultat wäre, so muß doch darauf verzichtet werden, da es nicht ohne offenbare Rechtsverletzungen zu erreichen sein würde.

Eine wesentliche Abweichung des Entwurfs von dem französischen und preußischen Recht besteht in der Nichtaufnahme der Vorschrift, daß bei der Eröffnung zugleich der Tag des Eintritts der Zahlungseinstellung durch das Konkursgericht festzusetzen sei. Die Bedeutung dieser Festsetzung liegt auf dem Gebiete des materiellen Rechts; abgesehen von der kriminellen Seite des Konkurses soll sie ihre Wirkung äußern bei den Anfechtungs- und Kompensationsstreitigkeiten, und gerade hierfür legt die Preußische Konkursordnung (§. 122.) der Entscheidung des Konkursgerichts ausdrücklich präjudizielle Kraft bei. Man hielt es für unbedingt nothwendig, die Möglichkeit abweichender Entscheidungen in den vor verschiedenen Gerichten zu verhandelnden Prozessen auszuschließen und erachtete zugleich das Konkursgericht allein für befähigt, die Sachlage vollständig zu übersehen[1]). Diese Auffassung kann nicht getheilt werden. Nach dem Standpunkte des Entwurfs soll auch das Konkursgericht seiner Entscheidung nur die ihm von dem Betheiligten vorzutragenden Thatsachen zu Grunde legen. Diese können jedem anderen Gericht in gleicher Vollständigkeit unterbreitet werden und es ist die Aufgabe der die Anfechtung einer Rechtshandlung betreibenden Partei, insbesondere des Verwalters, der Gefahr widersprechender Urtheile, deren Tragweite durch die Vorschrift des §. 32. ohnedies erheblich abgeschwächt ist, durch eine sorgfältige Benutzung aller faktischen Materialien entgegenzuwirken. Möchte dennoch nicht in allen Prozessen dieselbe Festsetzung erfolgen, so würde dies, wie schon die Motive des Sächsischen Entwurfs[2]) zutreffend bemerken, immerhin weniger zu beklagen sein, als ein Sieg des rein formalen Rechts über das materielle. Durch die Bestimmungen der französischen und preußischen Gesetze wird aber in der That dem materiellen Recht Gewalt angethan. Auf dem früheren oder späteren Zeitpunkt der Zahlungseinstellung beruht das Anfechtungs-, das Kompensationsrecht u. s. w.; er bildet gleichwie die Kenntniß des Zeitpunkts und die anderen Fundamente des Anspruchs naturgemäß einen Theil des Anfechtungs- ꝛc. Prozesses. Man reißt aus demselben diesen einen Bestandtheil heraus und fügt ihn dem Gemeinschuldverfahren ein, dessen Eröffnung es durchaus nicht mit der Frage zu thun hat: wann, sondern nur: ob die Zahlungseinstellung erfolgt ist? Zudem ist, den Anfangspunkt der letzteren zu bestimmen, die Eröffnung des Gemeinschuldverfahrens ein möglichst ungeeignetes Stadium. Während das hierfür allein maßgebende gegenwärtige Vorhandensein der Zahlungseinstellung in der Regel ohne Schwierigkeiten zu konstatiren sein wird, erfordert die Ermittelung der Thatsachen, aus denen der Beginn dieses

---

1) Vergl. Motive und Kommissionsbericht der Zweiten Kammer zum §. 122. der Preuß. Konkursordnung.

2) Zu §. 108. des Sächsischen Entwurfs.

Zustandes sich ergiebt, zeitraubende Untersuchungen. Es bedarf dazu mindestens einer genauen Prüfung des gesammten Aktiv- und Passivstandes, sowie eines eingehenden Studiums der Geschäftsbücher und Korrespondenzen. Man steht daher vor der Gefahr, entweder die dringliche Konkurseröffnung in nachtheiliger Weise zu verzögern oder sich bei der Festsetzung des Tages der Zahlungseinstellung zu übereilen. Die Praxis hat aber unwiderleglich erwiesen, daß auch die sorgfältige Prüfung der Bücher und Korrespondenzen oft nicht ermöglicht, den richtigen Tag der Zahlungseinstellung zu bestimmen. Der Zeitpunkt derselben liegt oftmals weit zurück und ist durch einzelne Nachzahlungen, sowie durch einen fortgesetzten Geschäftsbetrieb verdeckt; erst im Laufe des Konkurses durch die Anmeldung und bei der Prüfung der einzelnen Forderungen, durch das Auftreten von Pfand- und Eigenthumsansprüchen u. s. w. ist der richtige Zeitpunkt und die eigentliche Handlung der Zahlungseinstellung an den Tag getreten. Noch schwerer fällt die Rechtsverletzung ins Gewicht, deren das französisch-preußische System sich gegenüber den Anfechtungsinteressenten schuldig macht. Nur der einen Seite der Betheiligten, den Gläubigern und dem Verwalter, wird in dem Eröffnungsverfahren Gelegenheit zur Erklärung gegeben; die kollidirenden Interessen derjenigen, gegen welche eine Anfechtung gerichtet werden kann, bleiben ohne alle Vertretung und doch soll auch für sie die Entscheidung des Konkursgerichts bindend sein. — Diese Uebelstände sind schon der bisherigen Gesetzgebung nicht unbemerkt geblieben, und es hat nicht an Versuchen gefehlt, dieselben wenigstens zu mildern. Insbesondere hat man es für statthaft erklärt, die Entscheidung über den Beginn der Zahlungseinstellung einem späteren Urtheil vorzubehalten; man hat die nachträgliche Abänderung der ersten Festsetzung, sogar von Amtswegen, zugelassen und endlich allen Interessenten die Anfechtung derselben durch Rechtsmittel oder Klage, zum Theil unter Bewilligung sehr ausgedehnter Fristen, gestattet[1]). Alle diese Auskunftsmittel aber sind theils in sich bedenklich, theils zur Erreichung ihres Zweckes ungenügend; namentlich wird dadurch die Lage der Drittinteressenten wenig verbessert. Häufig werden diese von der Konkurseröffnung und von der sie berührenden Festsetzung Nichts erfahren. Sie können nicht besonders benachrichtigt werden und haben nicht dieselbe Veranlassung wie die Gläubiger, sich um die Verhältnisse des Gemeinschuldners zu kümmern, dessen Beziehungen zu ihnen vielfach durch den anzufechtenden Rechtsakt ihren Abschluß gefunden haben werden. Erlangen sie rechtzeitig Kenntniß, so wissen sie doch nicht, ob sie eine Anfechtung zu fürchten haben. Für den Erfolg der letzteren kommen neben der Thatsache der Zahlungseinstellung

1) Vergl. Gesetz von 1838 art. 441. 580. ff, Preuß. Konf. Ordn. §§. 122. 125.

noch andere Gesichtspunkte in Betracht, wie die Absicht des Gemeinschuldners, die Wissenschaft des Leistenden oder Empfängers (vergl. §§. 28. 29. 39. 54. 55). Vielleicht wird daher die Anfechtung von keiner Seite beabsichtigt; alsdann wäre ein Widerspruch gegen die Festsetzung des Konkursgerichts überflüssig, während anderenfalls der Widersprechende, welchen trotz der ihm äußerlich ungünstigen Fixirung der Zahlungseinstellung sein guter Glaube schützen würde, besorgen muß, Zweifel gegen diesen durch seinen Widerspruch herauszufordern. Unter allen Umständen endlich wird der Drittinteressent schon dadurch benachtheiligt, daß ihm der Nachweis der Unrichtigkeit eines ohne seine Zuziehung zu Stande gekommenen Richterspruchs obliegt. Alle diese Erwägungen rechtfertigen die Lossagung von dem System des französischen Rechts, welchem außer Belgien und Preußen keine neuere Gesetzgebung gefolgt ist[1]).

Die im §. 110. vorgeschriebene sofortige Vollstreckbarkeitserklärung des Eröffnungsurtheils entspricht der für den amtsgerichtlichen Prozeß bestehenden Regel (Proz. Ordn. §. 592. Nr. 1.), welche aber hier, damit die Zwecke des Konkurses erreicht werden, als eine ausnahmslose hat hingestellt werden müssen. Die im §. 594. der Prozeßordnung nachgelassene Ausnahme für den Fall, daß die Vollstreckung des Urtheils dem Schuldner einen unersetzlichen Nachtheil bringen würde, läßt sich auf den Konkurs, in welchem diese Voraussetzung regelmäßig zutrifft, nicht anwenden; man würde dadurch dem Gemeinschuldner die Macht geben, nach seinem Belieben die Konkurseröffnung sogar ohne Einlegung eines Rechtsmittels auf lange Zeit hinzuhalten.

Die Art und Weise, wie der Entwurf das Vorverfahren gestaltet, und der Wegfall der Entscheidung über den Tag der Zahlungseinstellung lassen es unbedenklich erscheinen, das ordentliche Rechtsmittel der Berufung gegenüber dem abweisenden wie dem die Konkurseröffnung aussprechenden Urtheil beizubehalten (§. 111). Die Preußische Konkursordnung unterwirft den zurückweisenden Beschluß der Beschwerde des antragstellenden Gläubigers (§. 120.), den Eröffnungsbeschluß einer, wie gedacht, höchst unzureichenden, bei dem Konkursgericht anzubringenden und im gewöhnlichen Instanzenzuge zu verhandelnden Anfechtungsklage des Gemeinschuldners (§. 124). Bestimmend war hierfür der Umstand, daß ein prozessualisches Vorverfahren nicht stattgefunden hatte, und daß die Parteirollen noch nicht geregelt waren. Mit diesen Gründen fällt auch die daraus gezogene Konsequenz. Dagegen ist in Uebereinstimmung mit der Preußischen Konkursordnung ein Rechtsmittel gegen das Er-

1) Der art. 1024. des Spanischen Handelsgesetzbuchs verordnet zwar gleichfalls die Festsetzung des Tages der Zahlungseinstellung durch das Eröffnungsurtheil, aber nur als eine einstweilige und ohne Beeinträchtigung Dritter, wodurch die ganze Bestimmung bedeutungslos wird.

öffnungsurtheil nur dem Gemeinschuldner gestattet worden, und zwar auf Grund der Annahme, daß die Konkurseröffnung im Interesse aller Gläubiger erfolgt und daher, auch wenn sie nicht den Wünschen jedes Gläubigers entsprechen möchte, von einem einzelnen Gläubiger nicht zum Gegenstande einer Beschwerde zu machen ist. Aus demselben Gesichtspunkte ist dem Gemeinschuldner die Anfechtung des abweisenden Urtheils versagt worden. Beide Beschränkungen haben in der Praxis der Preußischen Konkursordnung zu keinen Klagen Anlaß gegeben. Die Berufung gegen das abweisende Urtheil kann nur denjenigen Gläubigern zugestanden werden, von welchen der Eröffnungsantrag ausgegangen ist (§. 103.), oder welche in dem Termin als Partei den Antrag zu dem ihrigen gemacht haben (§. 107). Daß im Falle der Eröffnung der Gemeinverwalter für die Berufungsinstanz als Partei zugezogen werden soll, entspricht der demselben durch das vollstreckbare Eröffnungsurtheil auferlegten kuratorischen Stellung und ist auch deshalb geboten, weil durch die Eröffnung für alle Gemeingläubiger Rechte und Pflichten entstanden sind, welche nicht der ausschließlichen Verfügung des Gemeinschuldners und der in erster Instanz aufgetretenen Antragsteller überlassen bleiben können. Auf das Verhältniß des Gemeinverwalters zu diesen Antragstellern finden die Vorschriften der Prozeßordnung über Streitgenossenschaft (§§. 58—60.) Anwendung. Die Bestimmung über den Anfang der Berufungsfrist (Abs. 3.) dient zur Vereinfachung und Beschleunigung des Verfahrens und macht eine Verkürzung dieser Frist entbehrlich.

§§. 112—114.

Pr. K. O. §§. 123. 128. 148. 149. 164. 168. 329.

Die in den §§. 112—114. enthaltenen Bestimmungen ergeben sich im wesentlichen aus der Natur der Sache. Die für den Wahltermin vorgeschriebene Frist ist bereits oben (zu den §§. 85—89.) erörtert worden; für den Anmeldungs- und Prüfungstermin gehen die zu beachtenden Fristen aus dem §. 138. hervor. Mit Rücksicht darauf, daß dem Verwalter die erforderlichen Schreibkräfte nicht immer sofort zu Gebote stehen werden und zugleich der größeren Zuverlässigkeit wegen, sind die erforderlichen Bekanntmachungen und Benachrichtigungen dem Gerichtsschreiber übertragen. Die Mittheilung an die Post- und Telegraphenanstalten steht in Verbindung mit der Vorschrift des §. 119., die Benachrichtigung der vorgesetzten Dienstbehörde und der zuständigen Staatsanwaltschaft ist im öffentlichen und im Interesse der Strafrechtspflege angeordnet; die Benachrichtigung des Gerichts oder der Behörde, welche das Handels- (Firmen-Gesellschafts-) oder Genossenschaftsregister führt, wird durch das Handels- und Genossenschaftsrecht erfordert.

Dritter Titel.

Feststellung der Theilungsmasse.

§. 115.

Pr. K. O. §§. 131. 151. ff. 215. 220. ff.

Die wesentliche Aufgabe des dritten Titels besteht darin, aus den materiellen Grundsätzen des ersten Buchs über Umfang und Zweck der Gemeinmasse, sowie über die rechtliche Stellung der an ihr Betheiligten die praktischen Konsequenzen zu ziehen. Um das Endziel des Verfahrens, die Befriedigung der Gläubiger durch Vertheilung des Vermögens ihres Schuldners, zu erreichen, bedarf es vor Allem der Sicherung, Ermittelung, Feststellung und Versilberung des Vermögens; es gilt, dasselbe theilbar zu machen, eine Theilungsmasse zu schaffen. Die letztere Bezeichnung dürfte besser, als der bisher übliche Name »Aktivmasse« das Wesen der Sache zum Ausdruck bringen.

Die für die Feststellung der Theilungsmasse maßgebenden allgemeinen Gesichtspunkte sind im ersten Titel dieses Buchs angedeutet. Gegenüber der prozessualisch gestalteten Kuratel des gemeinen Rechts und dem schrittweisen Prozediren unter obervormundschaftlicher Mitwirkung des Gerichts, durch welches das französisch-preußische System sich charakterisirt, ist es das Prinzip der Selbstverwaltung, von welchem der Entwurf beherrscht wird. Im Hinblick auf die in dem bestehenden Rechtszustande wurzelnden Anschauungen und Gewöhnungen ist es angemessen erschienen, dieses Prinzip in prägnanter Form an die Spitze des Titels zu stellen. Der Verwalter soll das zur Gemeinmasse gehörige Vermögen ohne Verzug in Besitz und Verwaltung nehmen und dasselbe in geeigneter Weise verwerthen. Die grundsätzliche Unabhängigkeit des Verwalters für das vorliegende Gebiet wird hierdurch konstatirt. Soweit nicht in den folgenden Bestimmungen etwas Anderes ausdrücklich vorgeschrieben ist, haben weder die Gläubiger, noch der Gemeinschuldner, noch endlich das Gericht sich in seine Geschäftsführung einzumischen. Das Verhältniß des Verwalters zu den Konkursinteressenten und zu dem Gericht ist bereits zum ersten Titel eingehend besprochen worden. Hier sind noch zwei für die Art der Verwaltung besonders wichtige Punkte hervorzuheben, die Befreiung von der obligatorischen Beobachtung der Zwangsvollstreckungsformen und die Beseitigung der Unterscheidung zwischen einstweiliger und definitiver Verwaltung.

Die Anwendung der für das Exekutionsverfahren gegebenen Vorschriften auf alle im Konkurse zutreffenden Dispositionen ist

gemeinrechtlich hergebracht und noch in einzelnen neueren partikularrechtlichen Kodifikationen gemeinrechtlichen Gepräges ausdrücklich vorgeschrieben. Es sollen namentlich alle Veräußerungen im Wege der Auktion oder Subhastation erfolgen[1]. Ein derartiger Zwang würde aber weder mit der mehrfach kund gegebenen Auffassung des Entwurfs von der Natur des Konkurses als eines allgemeinen Liquidations-, nicht eines Exekutionsverfahrens vereinbar sein, noch den Rücksichten der Zweckmäßigkeit entsprechen. In vielen Fällen werden die gewöhnlichen Formen des Geschäftsverkehrs sich einer raschen und vortheilhaften Realisirung der Masse förderlicher erweisen. Der Entwurf überläßt es daher dem Verwalter, diese Realisirung »in geeigneter Weise« herbeizuführen, und befindet sich hierbei mit den meisten größeren Gesetzgebungen der Neuzeit in Uebereinstimmung.

Entgegengesetzt verhält es sich mit der Scheidung der Verwaltung in verschiedene Stadien. Diese war dem gemeinen Recht im Prinzip fremd und findet sich höchstens angedeutet in einzelnen älteren Landesgesetzen. Sie ist wesentlich eine Schöpfung der französischen Rechtsentwickelung. Der Code stellte drei verschiedene Verwaltungsstadien auf, welchen als Verwaltungsorgane die Fallimentsagenten, die provisorischen und die definitiven Syndiken entsprechen. Das Gesetz von 1838 führte durch Beseitigung der Agentschaft diese Abschnitte auf zwei zurück. Der erste derselben dauert bis zu der s. g. union der Gläubiger, welche vor Ablauf der vorgeschriebenen Affirmationsfristen nicht eintreten kann, im Falle der rechtzeitigen Einleitung eines Konkordatsverfahrens aber bis zu dessen Erledigung ausgesetzt bleibt. Bis zu diesem Zeitpunkt soll die Verwaltung sich grundsätzlich auf konservatorische Maßregeln, insbesondere auf die Ermittelung, Sicherstellung und vorläufige Benutzung der Masse beschränken, die eigentliche Liquidation dagegen, die Versilberung, soll erst mit dem Eintritt der »union« beginnen. (Code art. 462. ff. 476. ff. 527. ff.; Gesetz von 1838 art. 462. ff. 490. ff. 527. ff.). In größerer oder geringerer Schärfe ist dieses System in eine Reihe von neueren Konkursgesetzen übergegangen, namentlich auch für den kaufmännischen Konkurs in die Preußische Konkursordnung, ferner in die Oesterreichische Konkursordnung und in die Bayerische Prozeßordnung (Preuß. Konk. Ordn. §§. 131. 151. ff. 211. ff. 220. ff.; Oesterr. §§. 142. 144. ff.; Bayern Art. 1233. ff., 1280. ff.; vergl. auch Nassauische Verordn. vom 28. September 1859 §§. 63—71.; Sächs. Entw. §§. 138. ff. 208. ff.). Zur Rechtfertigung der Scheidung, welche noch in manchen anderen Beziehungen die Stellung des Verwalters beeinflußt, beruft man sich auf das Interesse der Gläubiger sowohl als des Gemeinschuldners. Der berechtigten Ein-

1) Vergl. Bayer §. 41. S. 115; Fuchs §. 10. S. 63; Hannover §. 621[3].; Baden §. 734.; Braunschweig §. 314.; Nassau §§. 68. 71.

wirkung der ersteren auf die Liquidation dürfe nicht durch vorzeitige Dispositionen des Verwalters vorgegriffen, dem Gemeinschuldner aber weder das Zustandekommen eines Akkords, noch für den Fall desselben das von der unveränderten Rückgabe der Masse wesentlich abhängige Wiederemporkommen erschwert werden. Die Rücksicht auf die Gläubiger hängt zum Theil mit der Auffassung zusammen, daß denselben bis zu der s. g. Konstituirung der Gläubigerschaft gar kein oder nur ein sehr beschränkter Einfluß auf die Verwaltung eingeräumt werden könne; ihre innere Berechtigung würde in keinem Falle über den Zeitpunkt der möglichen Konstituirung hinausgehen. Es ist aber schon zum §. 85. ausgeführt, daß und weshalb der Entwurf diese ganze Auffassung sich nicht angeeignet hat. Derselbe läßt das Vertretungsorgan der Gläubiger so zeitig ins Leben treten (§. 112.), daß dieserhalb ein Aufschub der Liquidation nicht geboten erscheint. Ein ausreichender thatsächlicher Schutz der Gläubiger gegen etwaige Uebergriffe des Verwalters liegt außerdem darin, daß dieser bis zur Bildung des Gläubigerausschusses durch die dringenden Aufgaben der Ermittelung und Sicherstellung viel zu sehr in Anspruch genommen ist, um an andere, als die wirklich unaufschiebbaren oder durch offenbaren Vortheil gebotenen Veräußerungen denken zu können. Was aber das Interesse des Gemeinschuldners betrifft, so läßt sich zunächst darüber streiten, ob ein allgemeiner Aufschub oder die Zulassung sofortiger Realisation für ihn sich vortheilhafter erweist. Für die kaufmännische Auffassung dieser Frage sind die Erfahrungen von Interesse, welche man mit dem Bremischen Moratorial- und Akkordverfahren gemacht hat. Nach der dortigen Debitverordnung sollen zwar in diesem Verfahren, also vor der förmlichen Konkurseröffnung, Veräußerungen nur in Folge eines Beschlusses der Gläubiger und mit Zustimmung des Falliten stattfinden, wenn nicht das Interesse der Masse gefährdet erscheint (D. u. R. O. §§. 71. 72.); nach kompetentem Zeugniß aber[1]) pflegt daselbst die Realisirung der Masse regelmäßig in allseitigem Einverständniß der Einbringung der Akkordofferte vorherzugehen, und man erkennt gerade hierin einen wesentlichen Vorzug vor der Preußischen Konkursordnung, weil die Versilberung das Zustandekommen eines reellen Akkords am meisten fördere, indem sie allen Betheiligten ein zuverlässiges Urtheil über die Sachlage ermögliche und dem Gemeinschuldner die nothwendigen Mittel zur Erfüllung der Akkordverbindlichkeiten zur Verfügung stelle. Solche Erfahrungen und Zeugnisse erregen gegründete Bedenken gegen das von den Anhängern des französischen Systems dem vermeintlichen Interesse des Gemeinschuldners entnommene Motiv. Vor Allem aber bleibt zu erwägen, daß diesem Interesse auf Seiten

1) Vergl. »das Bremische Moratorial- und Akkordverfahren«, verfaßt im Auftrage der Handelskammer zu Bremen, S. 16, 19, 20.

der Gläubiger ein rechtlicher Anspruch gegenübersteht, das Recht auf möglichst rasche Befriedigung. Dieses Recht ist überwiegend; am wenigsten darf man es zurücktreten lassen zu Gunsten einer Eventualität, die nicht selten von vornherein ausgeschlossen, immer aber mehr oder weniger unsicher ist. Wo der Akkord an sich statthaft erscheint, da erfordert er doch immer eine Gläubigermehrheit, vielfach außerdem eine gerichtliche Bestätigung. Ob Beides zu erreichen, läßt sich niemals mit Bestimmtheit vorhersagen; im Falle des Mißlingens aber ist für die Realisirung der Masse eine werthvolle Zeit, vielleicht auch die günstigste Konjunktur versäumt und in der Regel der Verlust der Gläubiger vergrößert. Ueberall, wo die Scheidung in einstweilige und definitive Verwaltung besteht, hat man sich deshalb zu Ausnahmebestimmungen genöthigt gesehen. Abgesehen von der selbstverständlichen Zulassung des Verkaufs solcher Sachen, welche raschem Verderben oder Entwerthen unterliegen, gestattet man eine Fortführung des Geschäfts, und auf Grund überwiegenden Vortheils oder zur Abwendung drohenden Schadens auch andere Veräußerungen, meistens jedoch unter Ausschließung der Immobilien, Gerechtigkeiten und Schiffe; Bayern geht sogar so weit, den sofortigen Verkauf der ganzen Masse zuzulassen, wenn der Gemeinschuldner flüchtig oder ein Akkord aussichtslos ist (vergl. Code art. 464. 492., Gesetz von 1838 art. 486.; Preuß. Konk. Ordn. §§. 144. 157.; Oesterr. §. 142.; Bayern Art. 1251). Diese Ausnahmen beweisen die Unhaltbarkeit des Prinzips, ohne dem Bedürfniß zu genügen, und die Praxis ist vielfach bestrebt, denselben eine ausdehnende Anwendung zu geben.

Der Entwurf kehrt deshalb in diesem Punkte zu dem gemeinrechtlichen System zurück. Dasselbe ist von demjenigen deutschen Gesetze, welches am frühesten und weitesten die Interessen des Verkehrs berücksichtigt hat, von der Hamburger Falliten-Ordnung in schärfster Weise aufgenommen worden, Art. 17—19.; der Additionalartikel 3. vom 24. April 1772 droht sogar den Kuratoren den Verlust ihrer Provision an, wenn sie nicht vor Ablauf der ersten drei Monate den Verkauf der Masse bewirkt haben[1]). Dasselbe System besteht in England, den Vereinigten Staaten und in Dänemark, obwohl letzteres der Bestellung des definitiven die Ernennung eines einstweiligen Verwalters vorhergehen läßt.

Der Entwurf erkennt so wenig eine einstweilige Verwaltung an, wie einen einstweiligen Verwalter. Die Beseitigung der zeitlichen Beschränkungen soll jedoch keineswegs die Bedeutung haben, daß nunmehr unbedingt und in allen Fällen mit der sofortigen Versilberung der ganzen Masse vorgegangen werden müsse; vielmehr wird die Selbstverwaltung, zu deren Ausübung zunächst der Verwalter und ihm

1) Auch die Badische Proz. Ordn. hat für die Realisirung der Masse alle zeitlichen Beschränkungen fallen lassen. Vergl. Proz. Ordn. §. 732[a].

zur Seite der Gläubigerausschuß berufen ist, sich darin zu bewähren haben, daß die besonderen Umstände jedes einzelnen Falles entsprechende Berücksichtigung finden. Hält man daran fest, daß nicht nur bei der Verwerthung der Masse die Interessen des Gemeinschuldners und der Gläubiger im großen Ganzen zusammenfallen, sondern daß auch die Beendigung des Verfahrens durch einen reellen Akkord für alle Theile gleich wünschenswerth ist, so ist zu erwarten, daß wo die Versilberung irgendwie dem Abschluß eines Akkords förderlich sein möchte, mit ihr nicht gezögert, und andererseits daß nicht durch unnöthige Rücksichtslosigkeit bei den Realisirungen dem Gemeinschuldner das Interesse an dem Zustandekommen eines Akkords benommen oder seine Fähigkeit, günstige Bedingungen zu stellen, beeinträchtigt werde. In den §§. 133. und 135. ist Fürsorge getroffen, daß innerhalb der Frist, welche billiger Weise dem Gemeinschuldner zur Vorbereitung eines Akkords zu gewähren ist, außerordentliche Dispositionen über die Masse nur nach mehrseitiger Prüfung getroffen werden können, und daß dabei dem Gemeinschuldner nicht nur Gehör, sondern auch die Möglichkeit gestattet wird, eine Entscheidung des Gerichts über seinen etwaigen Widerspruch herbeizuführen. Mehr als eine thatsächliche Würdigung seiner Interessen, welche durch diese Bestimmungen gesichert wird, hat der Gemeinschuldner nicht zu beanspruchen.

Der im §. 115. ausgesprochene Grundsatz enthält in Verbindung mit den Bestimmungen über die Verantwortlichkeit des Verwalters (§. 81.) eine im allgemeinen ausreichende Richtschnur für die Geschäftsführung des Letzteren. Es kann nicht die Aufgabe des Gesetzes sein, die einzelnen Amtsverrichtungen des Verwalters zu spezialisiren. Wenn die Preußische Konkursordnung (§. 152.) denselben besonders anweist, die bestehenden Miethes- und Dienstkontrakte aufzuheben, für Präsentation der Rimessen und Erhebung der Proteste zu sorgen, die Erlangung von Hypothekenrechten auf Grund erworbener, aber noch nicht eingetragener Titel zu betreiben, in schwebenden Prozessen geeigneten Falls die noch zuläßigen Rechtsmittel einzulegen u. s. w.; wenn die Konkursgesetze von Bremen (§. 63.) und Lübeck (§. 69.) die Sorge für die Versicherung gegen Feuers- und Seegefahr ausdrücklich hervorheben, so ist es zweifellos, daß in allen diesen Beziehungen der Verwalter die Interessen der Gläubiger und des Gemeinschuldners in's Auge zu fassen hat; ein besonderer Hinweis darauf ist aber in einem Gesetze, welches nicht eine Geschäftsinstruktion sein soll, nicht am Orte. Die meisten Zweifel, welche in der Praxis bezüglich der dem Verwalter zustehenden Befugnisse angeregt worden sind, dürften in der Fassung des §. 115. gleichfalls ihre Erledigung finden. So giebt demselben die Anweisung zur Besitzergreifung die unbestreitbare Berechtigung, die Exmission des Gemeinschuldners ohne weiteres Vorverfahren zu

betreiben; eine dem Gerichtsvollzieher zu behändigende Ausfertigung des Eröffnungsurtheils gewährt hierzu den exekutorischen Titel. Wenn ferner die Besitzergreifung sich auf das zur Gemeinmasse gehörige Vermögen beschränken soll, so liegt darin zugleich die Ermächtigung für den Verwalter, vorbehaltlich der im §. 134. Nr. 2. angeordneten Mitwirkung des Gläubigerausschusses die Aussonderung derjenigen Vermögensstücke vorzunehmen, welche nach den materiellen Vorschriften des ersten Buchs von der gemeinschaftlichen Masse auszuschließen sind. — Es giebt jedoch einzelne für den Fortgang des Verfahrens wichtige Rechtshandlungen, zu welchen die Legitimation des Verwalters aus der allgemeinen Vorschrift des §. 115. nicht oder doch nicht mit der wünschenswerthen Sicherheit gefolgert werden kann. Dahin gehören u. A. die Verfügung über die unter der Adresse des Gemeinschuldners eingehenden Briefe 2c., die Fortführung des Geschäfts desselben, die Vornahme von Realisirungen in den Formen der Zwangsvollstreckung 2c. Diese Fälle müssen außer Zweifel gestellt werden. Es sind ferner die Beschränkungen festzusetzen, denen der Verwalter in der Freiheit seiner Bewegung unterworfen werden soll, und welche in doppelter Richtung geboten erscheinen, einmal zur Verschärfung seiner Verantwortlichkeit dadurch, daß gewisse Maßregeln ihm unter allen Umständen zur Pflicht gemacht werden, sodann zur Verwirklichung und Präzisirung des den Gläubigern und dem Gemeinschuldner auf die Verwaltung und Verwerthung der Masse gebührenden Einflusses. Endlich sind die Rechte und Pflichten dritter Personen in Beziehung auf die Realisirung der Masse zu regeln, insoweit dieselben durch die Eröffnung des Konkurses modifizirt oder geschaffen werden. Die in diesen verschiedenen Richtungen erforderlichen Vorschriften bilden den ferneren Inhalt des dritten Titels und zwar in den §§. 116—127., soweit es sich um die Feststellung und Sicherung, in den §§. 128—137., soweit es sich um die Verwaltung der Masse und die Verfügung über dieselbe handelt.

§§. 116—120.
Pr. K. O. §§. 145—150. 152³.

Nach §. 11. des Entwurfs wird der gute Glaube der Schuldner des Kridars bis zur öffentlichen Bekanntmachung der Eröffnung des Gemeinschuldverfahrens vermuthet und geschützt, von da ab aber nicht mehr berücksichtigt. Die öffentliche Bekanntmachung der Eröffnung geschieht durch die im §. 113. angeordnete Publikation der Urtheilsformel. Hierauf beschränkt sich das französische Recht (Code art. 457., Ges. von 1838 art. 442.), und sie muß vom strengen Rechtsstandpunkt aus genügen, da Niemand sich mit der Unkenntniß der gesetzlichen Folgen einer Thatsache entschuldigen kann. Je bedeutungsvoller aber diese Folgen

sind, und je mehr die Unkenntniß derselben seitens der Verpflichteten auch die Gemeingläubiger der Gefahr thatsächlicher Verluste aussetzt, desto eher wird ein ausdrücklicher Hinweis auf dieselben vom Verkehrsstandpunkt aus wünschenswerth erscheinen. Von dieser rein praktischen Erwägung ist der Entwurf ausgegangen, indem er im Anschluß an die Preußische Konkursordnung und die Bayerische Prozeßordnung sich für die Beibehaltung des gemeinrechtlich unter dem Namen des offenen Arrestes[1]) hergebrachten öffentlichen Generalinhibitoriums entschied (§§. 112, 113, 116—118). Derselbe soll nicht ein wesentlicher Bestandtheil des Konkursproklams sein, so daß seine Weglassung den gutgläubigen Schuldner, der nach der Bekanntmachung der Urtheilsformel an den Gemeinschuldner gezahlt hat, den Gemeingläubigern gegenüber vor der doppelten Zahlung schützen würde; sein einziger Zweck ist vielmehr, rechtsirrthümliche Zahlungen und Leistungen an den Gemeinschuldner thatsächlich nach Möglichkeit zu verhüten. Eine weiter gehende Bedeutung hat der offene Arrest auch in Preußen und Bayern nicht, wie eine Vergleichung der einschlagenden Bestimmungen erweist. (Preuß. Konk. Ordn. §§. 145. ff. in Verbindung mit §. 7.; Bayerische Proz. Ordn. Art. 1199—1201. und 1212.)

Aus dem Vorstehenden ergiebt sich zugleich, daß die in dem offenen Arrest ausgesprochene Aufforderung zur Zahlung oder Ablieferung an den Gemeinverwalter als den gesetzlichen Vertreter des Gemeinschuldners nur die Fälle im Auge hat, in welchen eine solche Verpflichtung auch gegenüber dem Gemeinschuldner bestehen würde, soweit nicht das eingetretene Gemeinschuldverhältniß eine Erweiterung dieser Verpflichtung (z. B. durch Beschränkung des Kompensations- oder Retentionsrechts) begründet hat. Der offene Arrest schafft keine neuen Verpflichtungen, er will nur die bestehenden zum Austrag bringen. Selbstverständlich ist es auch, daß die Leistung an den Gemeinverwalter nicht anders als im geordneten Prozeßverfahren erzwungen werden kann, in welchem über etwaige Einwendungen zu entscheiden ist.

Nur in einer Beziehung unterliegen diese Sätze einer Modifikation. Neben dem Inhibitorium soll nämlich der offene Arrest eine Aufforderung an alle Besitzer und Inhaber von zur Gemeinmasse gehörigen Sachen enthalten, innerhalb einer von dem Gericht zu bemessenden Frist ihren Besitz dem Verwalter anzuzeigen, und zwar (§. 116.) bei Vermeidung des Schadensersatzes und des Verlustes aller ihnen an den Sachen etwa zustehenden Rechte. Diese Verpflichtung wird erst durch den offenen Arrest begründet, und für sie ist daher die öffentliche Bekanntmachung desselben wesentlich. Die Rechtfertigung der aus der Preußischen

1) Der offene Arrest wird schon in der R. P. O. von 1577 Tit. 23. §§. 2. 3. und in dem Reichstagsschluß von 1668 erwähnt. Vergl. auch als unmittelbare Quelle der Preuß. Konk. Ordn. die A. G. O. I. 50. §§. 38. 204. ff.

Konkursordnung entnommenen Bestimmung liegt in dem praktischen Bedürfniß, welches sich insbesondere dann fühlbar macht, wenn man es mit einem abwesenden oder böswilligen Gemeinschuldner zu thun hat. Da die an keine Form gebundene Anzeige den Besitzern eine nennenswerthe Belästigung nicht verursacht, so kann dieselbe ihnen kaum zur Beschwerde gereichen, und dies um so weniger, als es sich eigentlich nur um eine einfache Pflicht der Redlichkeit handelt. Faustpfandinhaber und die denselben gleichgestellten Gläubiger, welche auf Grund ihres Absonderungsrechts und ihrer Befreiung von der Einlassung in das Gemeinschuldverfahren zur Ablieferung der ihnen verhafteten Sachen nicht verbunden sind, können von der Anzeigepflicht mit Rücksicht auf das den Gemeingläubigern zustehende Recht auf den etwaigen Ueberschuß nicht ausgenommen werden. Für sie fügt der Entwurf die Verpflichtung zur Angabe ihrer Forderungen und zur Vorzeigung der Pfandstücke hinzu, damit der Verwalter in den Stand gesetzt werde, das Interesse der Gemeingläubiger an der Einlösung oder Realisirung der Gegenstände zu prüfen, und der etwa im Widerspruch mit §. 66. unternommenen doppelten Geltendmachung eines Anspruchs entgegenzutreten[1]). Die Ausnahme zu Gunsten der privilegirten Kreditanstalten (Preuß. Konk. Ordn. §. 146., Bayerische Proz. Ordn. §. 1214., Oesterr. Konk. Ordn. §. 164. 2c.), zu denen in Preußen namentlich die Bank, die Seehandlung und die städtischen Leihinstitute gehören (vergl. Kab. Ordre vom 31. Januar 1827, Bankordnung vom 5. Oktober 1846 §. 117., Kab. Ordre vom 28. Juni 1826 Nr. 11.), ist auf den statutgemäßen Pfandverkehr derselben beschränkt und durch die Rücksicht auf ihren umfassenden Geschäftsbetrieb und die in ihrer Verfassung liegenden Bürgschaften vor Benachtheiligungen der Masse begründet. Konzessionirte Pfandleiher, denen die Preußische Konkursordnung dasselbe Privilegium einräumte, giebt es seit der jetzt im ganzen Reiche geltenden Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869 nicht mehr, und wenn auch seitdem der Geschäftsbetrieb aller Pfandleiher auf Grund des §. 38. der Gewerbeordnung fast überall einer polizeilichen Kontrole unterliegt, so wird demselben dadurch doch nicht ein solcher Grad der Zuverlässigkeit gegeben, daß sie auf die frühere Bevorzugung ferneren Anspruch machen könnten.

Die Rechtsnachtheile, welche auf die Verletzung der Anzeigepflicht angedroht sind, um der Letzteren die Beachtung zu sichern, sollen durch den Nachweis einer genügenden Entschuldigung ausgeschlossen werden. Wer ohne eine solche Entschuldigung sich seiner Verpflichtung entzieht, hat die Vermuthung gegen sich, daß er

1) Die Verpflichtung des Pfandgläubigers, das in seinem Besitz befindliche Pfandstück auf Verlangen des Pfandschuldners vorzuzeigen, ist für das römische Recht allgemein in der l. 6. D. de pignorat. act. (13, 7.) ausgesprochen.

einen rechtswidrigen Vortheil beabsichtigt habe. Welche Entschuldigung als ausreichend anzusehen sei, läßt sich im Gesetze nicht bestimmen; es muß dies der unbefangenen Prüfung des Prozeßrichters überlassen bleiben. Das Urtheil desselben wird sich durch den Zweck der Vorschrift leiten lassen müssen, welche die Gemeingläubiger nur vor der dolosen oder auf schuldbarer Nachlässigkeit beruhenden Verheimlichung solcher Gegenstände schützen will, deren Existenz nicht ohnedies dem Verwalter bekannt sein mußte. Wo also der Besitz eines Dritten an Vermögensstücken des Gemeinschuldners offenkundig ist (wie z. B. bei dem Vermiether, der die eingebrachten Sachen des Gemeinschuldners zur Deckung der schuldigen Miethe zurückhält), oder wo derselbe aus den dem Verwalter vorliegenden Geschäftsbüchern in ordnungsmäßiger Weise hervorgeht, wird die Unterlassung derselben leicht entschuldbar sein. Im übrigen wird der Besitzer nachzuweisen haben, daß der offene Arrest ohne sein Verschulden nicht zu seiner Kenntniß gekommen sei oder daß er sich irrthümlicher Weise für den Eigenthümer der Sache gehalten habe u. s. w. Daß die im §. 113. Abs. 2. vorgeschriebene besondere Zustellung des Proklams an den Besitzer unterblieben, ist als ausreichende Entschuldigung an und für sich nicht zu erachten.

Dem Gemeinschuldner die faktische Disposition über die unter seiner Adresse eingehenden Postsendungen und Depeschen zu entziehen, ist durch das Interesse der Gläubiger und der Schuldner gleich sehr geboten. Um aber dieselben dem Verwalter zugänglich zu machen, bedarf es gegenüber den verfassungsmäßigen und reichsgesetzlichen Bestimmungen über das Brief- und Depeschengeheimniß einer ausdrücklichen Vorschrift. Der §. 119. erledigt in dieser Beziehung den im §. 5. des Gesetzes vom 28. Oktober 1871 gemachten Vorbehalt und schützt die Beamten und den Verwalter vor Konflikten mit dem Strafgesetz (vergl. Strafgesetzbuch §§. 299. 354. 355). Analoge Bestimmungen finden sich in allen neueren Konkursgesetzen, vielfach jedoch unter gewissen Einschränkungen zu Gunsten des Gemeinschuldners. In England (Bankruptcy-Act s. 85) soll dem Kurator die Ermächtigung längstens auf Dauer von drei Monaten seit der Konkurseröffnung ertheilt werden; in Oesterreich (Konk. Ordn. §. 89.) nur auf so lange, als es zur Wahrung der Rechte der Gläubiger nothwendig erscheint; in Bayern soll sie in dem Konkurse über das Vermögen eines Nichtkaufmanns von dem Ermessen des Gerichts abhängen, und dort, wie nach der Preußischen Konkursordnung ist die Zuziehung des am Orte anwesenden Gemeinschuldners zur Eröffnung der Briefe vorgeschrieben (Bayer. Proz. Ordn. Art. 1241., Preuß. Konk. Ordn. §. 152. Nr. 3.; vergl. auch Code art. 463. und dagegen Ges. von 1838 art. 473). Der Entwurf glaubt, daß durch diese Beschränkungen die Interessen der Masse leicht gefährdet werden können, während die Einräumung des Rechts auf Einsicht und, soweit sie die Masse nicht

berühren, auf Herausgabe der Sendungen eine genügende Konzession an den Gemeinschuldner enthalte. Auf den Verkehr der Angehörigen und Hausgenossen des Gemeinschuldners findet die Bestimmung keine Anwendung, und es wird demselben nicht schwer werden, durch deren Vermittelung oder in anderer geeigneter Weise seine Privatkorrespondenz der vielleicht lästigen Kontrole des Verwalters zu entziehen.

Von der im §. 120. vorgeschriebenen Eintragung des Konkursvermerks auf die zur Gemeinmasse gehörigen Immobilien und Hypotheken, welche der nach art. 500. des Code und art. 490. des Gesetzes von 1838 im Namen der Masse zu entnehmenden Inskription entspricht, gilt im allgemeinen dasselbe, was oben zur Begründung des offenen Arrestes gesagt ist; nur daß hier gegenüber den landesgesetzlichen Bestimmungen über den Glauben des Hypothekenbuchs das Bedürfniß einer Sicherungsmaßregel noch stärker hervortritt. Zur Vermeidung von Kollusionen und Verlusten für die Masse und für das Publikum ist es von der größten Wichtigkeit, die Aufhebung der Dispositionsbefugniß des Gemeinschuldners auch in den Grundbüchern schleunigst offenkundig zu machen. Die Unterlassung dieser Eintragung wird freilich nicht die Gültigkeit der späteren Dispositionen des Gemeinschuldners gegenüber gutgläubigen Erwerbern zur unmittelbaren Folge haben; im Verhältniß zu dem ersten Erwerber wird vielmehr die Vorschrift des §. 10. den Gemeingläubigern genügenden Schutz verleihen, da der Grundsatz von der publica fides des Hypothekenbuchs auch in seiner schärfsten Durchführung nicht von der Verpflichtung entbindet, sich der persönlichen Verfügungsfähigkeit des Gegenkontrahenten zu vergewissern. Weitere Dispositionen des ersten Erwerbers aber würden zweifellos nach vielen Landesgesetzen, in welchen die Entscheidung dieser Frage zu suchen ist, unanfechtbar sein; so namentlich nach dem Preußischen Gesetz über den Eigenthumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke vom 5. Mai 1872. Jedenfalls würde eine Bestimmung, wie die der Oesterreichischen Konkursordnung (§. 88.), daß aus der Unterlassung der Anmerkung privatrechtliche Folgen nicht abgeleitet werden könnten, einen unzulässigen Eingriff in das vorläufig der Reichsgesetzgebung nicht zugängliche Sachenrecht der meisten deutschen Einzelstaaten enthalten, ganz abgesehen von den erheblichen sachlichen Bedenken, welche demselben entgegenstehen.

Daß die Nachsuchung der Eintragung nicht (wie in Preußen, Konk. Ordn. §. 150., Oesterreich a. a. O., Bayern Art. 1202.) dem Gericht, sondern dem Verwalter zur Pflicht gemacht wird, entspricht der Stellung, welche der Entwurf beiden in dem Verfahren anweist. Die Zuständigkeit der Behörde, an welche der Verwalter seinen Antrag zu richten hat, bestimmt sich nach der Hypothekenverfassung des Landes. Im Bereiche der Preußischen Grundbuchordnung vom 5. Mai 1872 z. B. wird (nach den §§. 13. 14. 49. des Gesetzes über den Eigenthums-

erwerb ꝛc. von demselben Tage) der Verwalter die Vermittelung des Konkursgerichts anzurufen haben, während er sich im Gebiete des französischen Hypothekenrechts unmittelbar an die Hypothekenbehörde wenden kann (vergl. Code und Gesetz von 1838 a. a. O.). Für die Form des Antrags und die Beantwortung der Frage, inwieweit zur Eintragung des Vermerks auf Hypotheken die Beibringung der Schuldurkunden erforderlich ist, muß gleichfalls das Landesrecht maßgebend sein. Ueberall aber wird zur Legitimation des Verwalters gegenüber der zuständigen Behörde die Vorlegung der ihm ertheilten Bestallung genügen.

§§. 121—124.

Pr. K. O. §§. 141—143. 152[1]. 153—155. 301. 335.

Wenn der §. 115. dem Gemeinverwalter die unverzügliche Besitzergreifung des Aktivvermögens zur Pflicht macht, so ist damit nicht gesagt, daß er sich desselben in ganz formloser Weise und ohne jede Kontrole zu bemächtigen habe. In Ansehung der Mobiliarmasse erfordert vielmehr die Sicherung des Gemeinschuldners sowohl als der Gläubiger eine urkundliche Feststellung derjenigen Gegenstände, welche faktisch in die Verfügung des Verwalters gekommen sind. Diesem Bedürfniß genügen die Bestimmungen der §§. 121. ff. über Siegelung und Entsiegelung. Beide Maßregeln, von denen die erste sich zugleich und zunächst als ein Akt der Beschlagnahme gegen den Gemeinschuldner darstellt, sollen unter obrigkeitlicher Mitwirkung geschehen, und es ist davon ausgegangen, daß nach den Grundsätzen der künftigen Gerichtsverfassung diese Mitwirkung in den Geschäftskreis des Gerichtsvollziehers fallen werde. Daß die Ertheilung des Auftrages an die Gerichtsvollzieher dem Verwalter überlassen ist, wird kein Bedenken erregen, da diesem die Ausführung des Eröffnungsurtheils überhaupt obliegt, und dadurch die amtliche Selbständigkeit des Gerichtsvollziehers gegenüber dem Verwalter nicht beeinträchtigt wird. Wo die Siegelung in einem fremden Gerichtsbezirk in Frage steht, wird der Verwalter indessen häufig wohlthun, nach Analogie des §. 635. der Prozeßordnung die Vermittelung des Konkursrichters in Anspruch zu nehmen.

Die Entscheidung darüber, welche Gegenstände von der Siegelung auszuschließen, gebührt dem Verwalter als dem gesetzlichen Disponenten über die Masse; selbstverständlich jedoch nur insoweit, als nicht das Gesetz Gegenstände der Zwangsvollstreckung und deshalb dem Konkurse und der Verfügung des Verwalters entzogen hat (§. 1. vergl. mit Proz. Ordn. §§. 651. 683. Nr. 6—8.); der Gerichtsvollzieher würde sich durch Beachtung einer dem entgegengesetzten Weisung des Verwalters einer Pflichtverletzung schuldig machen. Im übrigen werden insbesondere außer Sperre zu lassen sein:

1. die raschem Verderben ausgesetzten oder aus anderen Gründen schleunig zu veräußernden Sachen, sowie diejenigen, welche ihrer Natur nach nicht unter Siegel gelegt werden können;

2. die zu einer etwaigen Fortsetzung des Geschäfts (§. 130.) erforderlichen Gegenstände;

3. diejenigen Sachen, welche der Verwalter für gut findet, sofort in eigenen Gewahrsam zu nehmen.

In letzterer Beziehung sind im §. 121. die das Vermögen betreffenden Schriftstücke und Urkunden, zu denen auch die Geschäftsbücher gehören, deshalb besonders hervorgehoben, weil sie dem Verwalter zu seiner Information in dringenden Fällen unentbehrlich sind und vielfach unter denselben Wechsel und andere Handelspapiere sich befinden werden, wegen derer zur Abwendung von Verlusten ein unverzügliches Einschreiten geboten ist. Die Schließung der Geschäftsbücher, welche dem Gerichtsschreiber obliegt, sofern sie nicht schon dem Gericht übergeben waren (§. 102.), soll nicht ein Bücherabschluß im technischen Sinne sein; vielmehr handelt es sich dabei nur um eine Verhinderung von Nachtragungen durch einen einfachen Vermerk am Schlusse und um Konstatirung des äußeren Zustandes der Bücher. Was in dieser Hinsicht geschehen, ist unter Erwähnung der etwa wahrgenommenen Unregelmäßigkeiten durch das Protokoll (§. 122.), bezw. von dem Gerichtsschreiber durch besondere Verhandlung, festzustellen. Baares Geld, geldwerthe Papiere und Kostbarkeiten, deren Ablieferung zum gerichtlichen Depositum die Preußische Konkursordnung (§. 143 Nr. 4.) verordnet (ebenso u. A. Oesterreich §. 87., Bayern Art. 1240.), unterliegen, wie alle anderen Sachen, vorläufig und vorbehalts der Bestimmung des §. 132. und §. 137. der freien Verfügung des Verwalters; derselbe ist für ihre sichere Aufbewahrung verantwortlich; er kann sich dazu unbedenklich auch der unter Siegel zu nehmenden Kassenbehälter 2c. des Gemeinschuldners bedienen, wenn diese die erforderliche Sicherheit gewähren. Alle von dem Verwalter an sich genommenen oder außer Sperre gebliebenen Gegenstände müssen in dem Protokolle des Gerichtsvollziehers verzeichnet werden, welches so in Verbindung mit der Verhandlung über die Entsiegelung (§. 123.) zur nothwendigen Kontrole des Verwalters dient und eine der wesentlichen Unterlagen für die künftige Rechnungslegung bildet. Aus diesem Grunde kann auch die Siegelung vollständig nur dann unterbleiben, wenn sich sofort die Aufzeichnung und Abschätzung der ganzen Masse bewerkstelligen läßt (vergl. Preuß. Konk. Ordn. §. 301).

Mit der Entsiegelung soll die Aufzeichnung der einzelnen Vermögensstücke und ihre Werthbestimmung verbunden werden. Für das Verfahren folgt hieraus

von selbst, daß die Entsiegelung nur successive in gleichem Schritt mit der Aufzeichnung zu geschehen hat. Es ist zweckmäßig erschienen, die Nothwendigkeit einer gerichtlichen Abschätzung ausdrücklich und allgemein sowohl in Betreff des Mobiliar- als auch des Immobiliarvermögens auszuschließen. Der Werth einer solchen Abschätzung ist nicht unbestritten, und jedenfalls liegt kein Grund vor, den Verwalter in der Auswahl der zuzuziehenden Sachverständigen zu beschränken und durch obligatorische Zuziehung des Gerichts die Kosten des Verfahrens zu erhöhen.

Das von dem Gerichtsvollzieher zu beglaubigende Entsiegelungsprotokoll gewährt mit dem aufzunehmenden Immobilienverzeichniß und den Büchern und Papieren des Gemeinschuldners die vornehmliche Grundlage für das Inventar und die Bilanz, deren schleunige Herstellung dem Verwalter obliegt. Die Erfordernisse derselben ergeben sich aus ihrer Bestimmung. Sie sollen die Vermögenslage des Gemeinschuldners, wie sie sich durch den Konkurs den Gläubigern gegenüber gestaltet, zur klaren Anschauung bringen. Es wird daher die Beobachtung der Vorschriften des Handelsgesetzbuchs (Art. 29. 31.), welche im übrigen auch in dem Konkurse über das Vermögen eines Nichtkaufmanns als passender Anhalt dienen können, nicht immer genügen; vielmehr wird das Verhältniß der Aktiva zu den Passivis durch Heraushebung der einem Absonderungsrecht unterworfenen Vermögensstücke, der Masseschulden und der mit einem Absonderungs- und Vorrecht versehenen Forderungen genauer aufzuklären sein. Dies ist insbesondere für die Stellung der Gemeingläubiger zu einer etwaigen Akkordofferte von Bedeutung. Aus demselben Gesichtspunkt empfiehlt sich die in der Preußischen Novelle vom 12. März 1869 (zu §. 155. der Konk. Ordn.) vorgeschriebene Angabe der Verfallzeit der einzelnen Schuldposten, und bei Korrealverbindlichkeiten, namentlich bei Wechseln, die Bezeichnung der Mitverpflichteten und des Grundes ihrer Haftung. Jedenfalls darf ein eventuelles Rückgriffsrecht des Gemeinschuldners auf seine Mitschuldner bei Aufnahme der Aktiva nicht unbeachtet bleiben. Es ist jedoch nicht immer möglich, allen diesen Anforderungen sofort zu genügen, und der Entwurf hat es umsomehr für entbehrlich erachtet, dieselben zum Gegenstande spezieller Bestimmungen zu machen, als er in der dem Gläubigerausschusse zur Pflicht gemachten Revision des Inventars und der Bilanz den Gläubigern eine bessere Garantie zu gewähren glaubt. Die Unterschrift der Ausschußmitglieder unter diesen Aufstellungen soll keine leere Form sein, sondern als die pflichtmäßige Versicherung gelten, daß sie dieselben wirklich einer gewissenhaften Prüfung unterzogen haben. — Hat der Gemeinschuldner Inventar und Bilanz übergeben oder sind solche in einem Nachlaßverfahren errichtet, so kann es geeigneten Falles bei einer Prüfung und event. Berichtigung desselben anstatt neuer Aufstellungen bewenden.

Die Offenlegung der Protokolle, des Inventars und der Bilanz bietet jedem Gläubiger die Möglichkeit, sich über die Sachlage eingehend zu unterrichten. Die Ertheilung von Abschriften gegen Kostenerstattung wird auf Erfordern nicht leicht versagt werden; jedem Betheiligten aber ein ausdrückliches Recht hierauf einzuräumen (vergl. Preuß. Ges. vom 12. März 1869 a. a. O.), erscheint mit Rücksicht auf die zu erstrebende Verminderung des Schreibwerks bei den Gerichten bedenklich.

Für den Fall, daß der Gemeinschuldner ein öffentliches Amt bekleidete, verordnet der §. 124. die Benachrichtigung der vorgesetzten Dienstbehörde von der Siegelung und Entsiegelung. Es soll derselben ermöglicht werden, hierbei ihr Interesse wahrnehmen zu lassen und namentlich die sofortige Aussonderung und Herausgabe der Dienstpapiere und der dem Gemeinschuldner nur zur Verwaltung seines Amtes anvertrauten Gegenstände zu erwirken. Die Preußische Konkursordnung (§. 154.) giebt der Dienstbehörde das weitere Recht, gegen Vergütung des Taxwerths die Verabfolgung solcher Gegenstände zu verlangen, welche der Gemeinschuldner auf eigene Kosten zum dienstlichen Gebrauch angeschafft hat, sofern dieselben ohne Nachtheil des Dienstes nicht veräußert werden können. Die Vorschrift ist der Allgemeinen Gerichtsordnung entnommen und beruht auf veralteten Anschauungen. Weshalb der Konkurszustand eine Befugniß begründen soll, welche außerhalb desselben dem Staate und der Gemeinde weder ihrem Beamten, noch dessen Rechtsnachfolgern gegenüber zusteht, ist nicht ersichtlich, und ein dringendes praktisches Bedürfniß zur Aufrechthaltung der Bestimmung dürfte schwerlich nachzuweisen sein.

§§. 125—127.
Pr. K. O. §. 156.

Wenn die Unentbehrlichkeit des Zwanges zur eidlichen Vermögensmanifestation als einer subsidiären Exekutionsmaßregel allgemein in dem Entwurf zur Civilprozeßordnung anerkannt ist (vergl. Proz. Ordn. §§. 647. 713. ff.), so bedarf die Anwendung desselben in dem Gemeinschuldverfahren einer besonderen Rechtfertigung nicht. Gerade hier ist der Offenbarungseid ein wichtiges Mittel zur Vervollständigung und Richtigstellung der Bilanz. Seine Ausdehnung auf einen Kreis von Personen, von welchen vermöge ihrer nahen Beziehungen zu dem Gemeinschuldner vorausgesetzt werden darf, daß die etwaige Beseitigung von Vermögensstücken zu ihrer Kenntniß gelangt sei oder daß ein Theil der Gemeinmasse sich in ihrem Gewahrsam oder unter ihrer Obhut befunden habe, entspricht dem praktischen Bedürfniß und ist schon jetzt in einem großen Theile von Deutschland

geltendes Recht (vergl. u. A. Preuß. Konk. Ordn. §. 156., Hannover §. 620., Nassau §. 65., Baden §. 719., Hamburg Art. 9. 15., Bremen §. 58., Lübeck §. 53). Der Entwurf (§. 126.) erstreckt die Verpflichtung zur Leistung des Eides auf diejenigen Verwandten des Gemeinschuldners, für welche das Anfechtungsrecht (§. 30. Nr. 2.) eine ausnahmsweise Behandlung begründet hat, auf die Hausgenossen und auf die Geschäftsgehülfen des Gemeinschuldners. Während aber die Eidespflicht des Gemeinschuldners eine unbedingte sein soll, wie sie es auch außerhalb des Konkurses sein würde, läßt der Entwurf bei einer Weigerung der im §. 126. genannten Personen das Konkursgericht darüber entscheiden, ob zur Anwendung der gesetzlichen Zwangsmittel (Proz. Ordn. §§. 715. ff.) genügende Veranlassung vorliegt. Mißbräuchen und Chikanen wird hierdurch vorgebeugt. Nach der Natur der Sache muß diese Entscheidung eine diskretionäre sein; das Konkursgericht ist zu derselben durch seine unmittelbare Sach- und Personenkenntniß am besten befähigt, und deshalb erscheint es nicht angemessen, ein Rechtsmittel dagegen zuzulassen. Anders liegt die Sache, wenn die Anwendbarkeit des §. 126. und deshalb die Verpflichtung zur Eidesleistung bestritten wird; in diesem Falle findet der §. 714. der Prozeßordnung Anwendung. Die Bedrohung der unbegründeten Verweigerung des Eides mit vermögensrechtlichen Nachtheilen ist nothwendig, um dem Gesetz seine praktische Wirksamkeit zu sichern. Aber auch hier unterscheidet der Entwurf. Bei dem Gemeinschuldner sollen dieselben (unbeschadet der nach §. 96. zulässigen Haft) sofort eintreten, mit der Wirkung, daß Verwalter und Gläubigerausschuß durch fernere Gewährung einer Unterstützung (als welche freilich die gesetzliche Kompetenz aus §. 2. nicht zu erachten ist) sich persönlich verantwortlich machen würden; bei den übrigen Personen erst nach erfolgter Anwendung der gesetzlichen Zwangsmittel, also nach sechsmonatlicher Haft (Proz. Ordn. §. 726). In dem Präjudiz des Verlustes aller Ansprüche an die Gemeinmasse ist eine unzulässige Härte nicht zu finden, da die Abwendung desselben von dem freien Willen der Verpflichteten abhängig und die beharrliche Renitenz eine dringende Vermuthung der Unredlichkeit begründet. In Bremen a. a. O. gilt dieselbe Bestimmung.

Die von der Prozeßordnung (§. 647.) gewählte Fassung des Offenbarungseides bedurfte mit Rücksicht auf die abweichenden Verhältnisse im Konkurse einer Modifikation; insbesondere kam hierbei in Betracht, daß Seitens des Gemeinschuldners auch die Richtigkeit seiner Angaben zum Passivstatus, namentlich die Nichtaufstellung fingirter Schulden, zu versichern ist.

Nach §. 673. der Prozeßordnung ist jeder Schuldner einer gepfändeten Forderung bei Vermeidung des Schadensersatzes verpflichtet, auf Verlangen des

Pfändungsextrahenten sich binnen zwei Wochen darüber zu erklären, ob und inwieweit er die Forderung als begründet anerkenne und Zahlung zu leisten bereit sei. Diese Bestimmung behält auch im Konkurse ihre entsprechende Geltung mit der Maßgabe, daß der Verwalter das Recht der Gläubiger auszuüben hat; ihr Präjudiz wird sich jedoch selten wirksam erweisen, während zugegeben werden muß, daß das von dem Code de procédure (art. 577.) und der Badischen Prozeßordnung (§. 910.) angedrohte Präjudiz eines Anerkenntnisses der Forderung zu weit geht. Der §. 127. des Entwurfs enthält für den Konkurs eine Verschärfung der Bestimmung, hervorgegangen aus dem Bestreben, die rasche Herbeischaffung der Aktivmasse und die gütliche Erledigung der auf dieselbe bezüglichen Streitfragen zu begünstigen. Als das beste Mittel hierzu erscheint eine Verhandlung der Betheiligten unter Leitung des Gerichts; die Verständigung über streitige Punkte, die Verabredung passender Zahlungsmodalitäten, die Begründung eines Vollstreckungstitels ohne Prozeß (vergl. Proz. Ordn. §. 638[4].) wird hier bei geeigneter Einwirkung des Richters zweifellos in zahlreichen Fällen gelingen. Diesem Versuche soll, wenn das Gericht denselben angemessen findet, der Schuldner wenigstens nicht aus dem Wege gehen, während eine Nöthigung zur Abgabe bindender Erklärungen ihm in keiner Weise auferlegt wird. Hierin bleibt der Entwurf erheblich hinter dem englischen Gesetze zurück, welches (s. 96—98) die zwangsweise Sistirung der vermeintlichen Schuldner, die (dem englischen Recht eigenthümliche) eidliche Vernehmung derselben über ihr Schuldverhältniß und die sofortige Beitreibung der von ihnen als richtig eingeräumten Forderungen gestattet. Die von dem Entwurf als Präjudiz vorgeschlagene Verpflichtung zur Zahlung von zehn Prozent Strafzinsen wird durch die Auslassung des Schuldners im Termin oder durch eine genügende Entschuldigung seiner Versäumung abgewendet. Kosten werden dem Schuldner durch seine Vernehmung nicht zugemuthet; dieselbe erfolgt im Interesse und auf Kosten der Gemeinmasse (§. 57.); auch sonst kann der Schuldner von dem Verwalter, ohne dessen Anregung das Gericht eine Ladung nicht ergehen lassen wird, Schadloshaltung für nachgewiesene Versäumniß beanspruchen (vergl. Hannoversche Proz. Ordn. §. 556).

§§. 128. 129.

Pr. K. O. §§. 263—271.

Die für die Behandlung der absonderungsberechtigten Gläubiger im Konkurse maßgebenden Grundsätze haben bereits zu den §§. 4. 15. und §§. 47. ff. eine eingehende Erörterung gefunden. Dort ist insbesondere ausgeführt, daß diese Gläubiger in der Geltendmachung ihres Realrechts durch die Eröffnung des

Gemeinschuldverfahrens in keiner Weise gehemmt werden, daß sie aber auf der anderen Seite den Anspruch der Gemeingläubiger auf den der Gemeinmasse zufließenden Ueberschuß nicht vereiteln dürfen. Nach den außerhalb des Konkurses geltenden allgemeinen Vorschriften beantwortet sich daher die Frage, ob sie nur auf Grund eines exekutorischen Titels oder schon auf Grund des bloßen Vorzugs, ob gerichtlich oder außergerichtlich, ob sofort oder erst nach Ablauf bestimmter Fristen ꝛc. ihre abgesonderte Befriedigung zu suchen haben. Auch eine etwaige lex commissoria, deren Gültigkeit vorausgesetzt, sowie die einem Pfandgläubiger eingeräumte Befugniß, die Sache zu einem vorher bestimmten oder zum Taxpreise zu übernehmen (vergl. l. 16. §. ult. D. de pignor. 20. 1.; l. 81. pr. D. de contr. emt. 18. 1.; Code civil art. 2078.) bleibt als Bestandtheil des dinglichen Rechts in Kraft. Alle diese Sätze ergeben sich mit Nothwendigkeit aus dem Rechte auf abgesonderte Befriedigung und aus der Befreiung von der Einlassung in den Konkurs. Hier sind dagegen die Rechte der Gemeingläubiger und des zur Wahrnehmung ihrer Interessen berufenen Gemeinverwalters außer Zweifel zu stellen, und dies geschieht in den §§. 128. und 129.

Der §. 128. verleiht zunächst dem Gemeinverwalter ganz allgemein das Recht, die Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung der zur Masse gehörigen, unbeweglichen oder als solche geltenden Gegenstände bei der zuständigen Behörde zu betreiben. Dem Gemeinschuldner gegenüber wird diese Bestimmung selbstverständlich erscheinen, da für ihn der Konkurs immer, wenn auch nicht der Form, so doch dem Wesen nach den Charakter eines Zwangsverfahrens behält, selbst dann, wenn er auf seinen eigenen Antrag eröffnet ist. Aber auch im Verhältniß zu den Hypothekengläubigern, welches hier vornehmlich in Betracht kommt, wird die Vorschrift kein Bedenken erregen. Der Satz des älteren römischen Rechts, daß nur der prior creditor die verpfändete Sache zum Verkauf bringen könne, ist, wenn er überhaupt jemals unbedingte Geltung gehabt hat, sowohl von der neueren gemeinrechtlichen Praxis, als von den neueren Pfandgesetzen fast allgemein aufgegeben. Es kann nicht nur der jüngere Hypothekengläubiger, sondern auch der persönliche Gläubiger jedes Grundstück seines Schuldners auf Grund eines exekutorischen Titels zum Gegenstande der Zwangsvollstreckung machen. Wenn der Konkurs dieses Recht dem Einzelnen im Interesse Aller entzieht (§. 15.), so muß er dafür, soll der Zweck dieser Rechtsbeschränkung erreicht werden, der Gesammtheit einen Ersatz gewähren, und dieser liegt in der Uebertragung der Befugniß auf den Gemeinverwalter. Den Hypothekengläubigern würde ein Grund zur Beschwerde nur dann gegeben sein, wenn ihnen zugleich ein Opfer an ihren materiellen Rechten zugemuthet würde. Dessen enthält sich aber der Entwurf in der

bereits früher (zu §. 47.) entwickelten Tendenz, das Immobiliarrecht der verschiedenen Territorien unangetastet zu lassen. Die Wirkungen der Zwangsvollstreckung sollen also dieselben sein, wie außerhalb des Konkurses. In einer Beziehung führt diese Enthaltung des Entwurfs zu einem unleugbaren und vielleicht unerträglichen Uebelstande. Bekanntlich ist die Frage, welchen Einfluß der Zwangsverkauf eines Grundstücks auf den Bestand der dem extrahirenden Gläubiger vorgehenden Hypotheken ausüben soll, legislatorisch eine sehr bestrittene und in den geltenden Rechten sehr verschieden beantwortet. Im weitgrößten Theile von Deutschland gilt gegenwärtig der Satz, daß durch die nothwendige Subhastation schuldenhalber[1]) alle eingetragenen Hypotheken ohne Ausnahme zur Fälligkeit und Lösung gebracht und nach ihrer Rangordnung auf den Erlös angewiesen werden[2]). Nur in einzelnen gemeinrechtlichen Gebieten, so namentlich im Bezirk des Preußischen Appellationsgerichts zu Greifswald[3]) und in einigen Hansestädten hat sich der römisch-rechtliche Grundsatz erhalten, daß der Zwangsverkauf die dem Extrahenten vorgehenden Hypotheken unberührt läßt, diese vielmehr unverändert stehen bleiben. Auf die in einem Konkurse stattfindenden Subhastationen fand jedoch dieser Grundsatz keine Anwendung, weil in allen diesen Gebieten auch die Hypothekengläubiger in den Konkurs gezogen wurden und die konkursmäßige Realisirung der ihnen verhafteten Gegenstände vorbehaltlich ihrer vorzugsweisen Befriedigung aus dem Erlöse zu erleiden hatten. Durch die Befreiung der Pfandgläubiger von der Einlassung in den Konkurs wird die Sachlage eine andere und es wird sich fragen, ob nicht in den Einführungsgesetzen für jene Gebiete Bestimmungen zu treffen sind, welche die durch die Zwecke des Konkurses gebotene definitive Auseinandersetzung zwischen den Real- und Personalgläubigern erleichtern.

Aus dem Rechte des Gemeinverwalters, die Zwangsvollstreckung in die vorhandenen Immobilien ꝛc. zu betreiben, folgt von selbst seine Legitimation, ein bereits anhängiges Verfahren aufzunehmen oder demselben beizutreten, um sich

1) In einzelnen Rechtsgebieten auch bei den zum Zweck der Theilung oder auf Antrag eines Benefizialerben eingeleiteten Subhastationen. Vergl. Preuß. Subhast. Ordn. vom 15. März 1869 §§. 112. 113.

2) Vergl. Preuß. Konk. Ordn. §. 386. nebst den Einführungsgesetzen für Hohenzollern und Ehrenbreitstein vom 31. Mai 1860 und 3. Februar 1864 Art. I. XV.; Subh. Ordn. vom 15. März 1869 §§. 60. 64. 79.; Gesetz über den Eigenthumserwerb ꝛc. vom 5. Mai 1872 §. 47.; Bayer. Hyp. Ges. vom 1. Juni 1822 §. 81. und Proz. Ordn. Art. 1078. 1095. ff.; Königl. Sächs. Hyp. Ges. vom 15. April 1825 Art. 112.; Hannov. Pfandges. vom 14. Dezember 1864 §§. 29. 69.; Proz. Ordn. §§. 562. ff., 595. ff., 603.; Badische Proz. Ordn. §§. 931. 951. 952.; Mecklenburg. Exek. und Subh. Ordn. vom 30. September 1857 §. 24.; Code de procéd. art. 759. 772. ff.

Ueber die Praxis in dem vormaligen Kurhessen vergl. Wagner's Gerichtsverfassung §§. 830. 831. ff.

3) Vergl. das Gesetz für Neuvorpommern und Rügen vom 21. März 1868 §. 138.

einen bestimmenden Einfluß auf die Durchführung desselben zu sichern. (Vergl. Motive zu §. 15.) Immer aber, mag der Verwalter oder ein absonderungsberechtigter Gläubiger das Verfahren veranlaßt haben, geht dieses seinen selbständigen Gang und wird nicht ein Theil des Gemeinschuldverfahrens. Seine Leitung gebührt also der nach den allgemeinen Vorschriften zuständigen Behörde (vergl. Proz. Ordn. §§. 689. 690.); der Gemeinverwalter hat dabei nur die Rechte einer Partei, er kann nicht für sich etwa die Ernennung zum Sequester und die Vertheilung des Erlöses oder der Revenüen in Anspruch nehmen, vielmehr fließt von letzteren nur der nach Befriedigung der Realgläubiger verbleibende Ueberschuß zur Gemeinmasse. Bis zur Einleitung des Zwangsvollstreckungsverfahrens, bezw. bis zur Geltendmachung eines Separationsrechts hat dagegen der Gemeinverwalter auch den Realgläubigern gegenüber die Dispositionsbefugniß über die Immobilien in demselben Umfange, in welchem sie vorher dem Gemeinschuldner zustand. Dies gilt namentlich auch in Ansehung der Revenüen. Nach der Preußischen Konkursordnung (§§. 266. 267. 57.) und ähnlich nach der Bremischen Erb- und Handfestenordnung (§§. 147. 148.) soll von Amtswegen eine Revenüenmasse gebildet und unter die Realgläubiger zur Vertheilung gebracht werden, zu welcher alle zur Zeit der Konkurseröffnung bereits abgesonderten, aber noch in Natur und im Besitz des Gemeinschuldners vorhandenen Früchte, alle rückständigen Einkünfte, sowie alle nach der Konkurseröffnung gewonnenen Früchte und fällig gewordenen Nutzungen gehören. Die Bestimmung hat den Zweck, die Realgläubiger der Nothwendigkeit zu entheben, ihre Ansprüche im Rechtswege geltend zu machen, und die Vertheilung der Revenüenmasse durch die gleichmäßige Bestimmung des Umfanges derselben für alle Realgläubiger zu erleichtern. Gleichwohl kann sie in den Entwurf nicht aufgenommen werden, einmal, weil sie nicht im Einklange steht mit den auch in dieser Frage vielfach von einander abweichenden Grundsätzen der verschiedenen Pfandrechtssysteme[1]), sodann, weil sie auf der mit der strengen Durchführung des

---

1) Während z. B. nach gemeinem Recht (welches freilich auch hierin nicht unbestritten ist) die Früchte, soweit sie nicht ausdrücklich mit verpfändet werden, den Hypothekengläubigern seit dem Augenblicke der Litiskontestation als Nebengegenstand der Pfandklage haften (vergl. Paul. sent. II. 5. 2.; l. 16. §. 4. D. de pign. 20. 1.), läßt das Preuß. Landrecht (I. 20. §§. 475. 476., im wesentlichen bestätigt durch §. 30. des Gesetzes vom 5. Mai 1872) hierfür den Zeitpunkt der Exekutionsvollstreckung entscheidend sein; nach französischem Recht aber werden die Früchte durch ihre Trennung von der Substanz als Mobilien dem Rechte der Hypothekengläubiger unbedingt entzogen, und erst die Beschlagnahme der Grundstücke im Subhastationsverfahren giebt den Letzteren das Recht, die alsdann noch unabgesonderten Früchte einzuernten und zu verkaufen und die nachher verfallenden Miethen oder Pächte mit Arrest zu belegen (vergl. Code civil. art. 520. 2119.', Code de procéd. civ. art. 688. ff., Rhein. Subh. Ordn. vom 1. August 1822 §. 8). Vergl. auch Sächs. B. G. B. §. 414., Bayer. Hyp. Gesetz §. 93.

Separationsrechts unvereinbaren Voraussetzung beruht, daß die Konkurseröffnung auch zu Gunsten der Realgläubiger eine Beschlagnahme der ihnen verhafteten Vermögensstücke bewirkt habe. Uebrigens ist die Befugniß des Gemeinverwalters, die Revenüen zunächst zur Befriedigung der Realgläubiger zu verwenden, unzweifelhaft, und er wird von derselben im Interesse der Gemeingläubiger auch über seine Verpflichtung hinaus um so häufiger Gebrauch machen, als die Kosten der sonst bevorstehenden gerichtlichen Schritte der Realgläubiger in den meisten Fällen der Gemeinmasse zur Last fallen werden. — Daß die Spezialbestimmungen der französischen Fallimentsgesetze über die Anwendung des Nachgebotrechts (droit de surenchère) bei den im Konkurse vorkommenden Immobilienverkäufen [1]) in einem für ganz Deutschland bestimmten Gesetze keine Stelle finden können, liegt auf der Hand; die Aufrechthaltung derselben muß für den Fall des Bedürfnisses den Einführungsgesetzen überlassen bleiben.

Bei beweglichen Vermögensstücken fallen die Rücksichten weg, welche einer einheitlichen Regelung der Rechtsverhältnisse an Immobilien entgegenstehen. Der §. 129. versagt daher nicht nur den mit einem Faustpfandrecht an einer beweglichen Sache versehenen und den ihnen gleichgestellten Gläubigern das Widerspruchsrecht gegen den von dem Gemeinverwalter beantragten Zwangsverkauf, sondern er bestimmt auch die Wirkungen des letzteren dahin, daß durch denselben die Pfandforderungen fällig werden und zunächst aus dem Erlöse zu berichtigen oder sicher zu stellen sind, während der Ueberschuß an den Gemeinverwalter abzuführen ist. Die Nothwendigkeit der Sicherstellung des Gläubigers, im Fall seine Forderung bestritten wird, folgt aus seinem Besitzrecht. Die Hinterlegung des Erlöses muß daher erfolgen, auch wenn seine Forderung nicht glaubhaft gemacht ist. Für die Wahrung des materiellen Rechts der Pfandgläubiger ist hiernach ausreichend gesorgt. Ein Opfer wird überhaupt nur denjenigen angesonnen, welche im Besitz der Sache sind. Der Entwurf der Prozeßordnung (§. 646.) gewährt nämlich denjenigen Gläubigern, welche auf Grund eines Pfand- oder Vorzugsrechts sich im Besitz einer Sache befinden, ein Widerspruchsrecht gegen die Pfändung derselben für andere Gläubiger ihres Schuldners. Dieses Widerspruchsrecht des Pfandgläubigers besteht nach der Preußischen Konkursordnung (§§. 264. 376.) nicht; auch nach gemeinem Recht kann der Verkauf des Pfandstücks gegen

1) Vergl. Code de comm. art. 565.; Gesetz vom 28. Mai 1838 art. 573. — In der Preuß. Rheinprovinz und ebenso in der Bayer. Pfalz und in Baden ist übrigens das Recht des Nachgebots im Subhastationsverfahren vollständig aufgehoben. Vergl. Rhein. Subh. Ordn. §. 24., Bayer. Proz. Ordn. §§. 943. ff. In Elsaß-Lothringen gelten an Stelle der art. 710—712. des Code de procéd. civ. jetzt die art. 708—710. des Gesetzes vom 2. Juni 1841 über die gerichtlichen Immobilienverkäufe.

den Willen des Gläubigers erfolgen, sofern diesem zuvor idonea cautela pro indemnitate geleistet wird (l. 6. pr. D. de pign. act. 13, 7; l. 15. §. 5. D. de re jud. 42, 1. — l. 22. §. 1. D. de jure fisci 49, 14). Für den Konkurs reicht die gesetzliche Kautel der vorzugsweisen Befriedigung aus dem Erlös hin. Träte aber das Widerspruchsrecht für den Konkurs in Geltung, so könnte die Abwickelung des letzteren durch Hinhaltung der Realisirung des Pfandstücks von Seiten des Pfandbesitzers ungebührlich verzögert werden. Bei solcher Kollision erscheint es um so weniger bedenklich, dem Rechte der Gemeingläubiger auf baldige Ermittelung des Ueberschusses den Vorzug einzuräumen, als auch diese das lebhafteste Interesse daran haben, einen unzeitigen Verkauf zu vermeiden und deshalb der Pfandgläubiger thatsächlich nicht gefährdet wird. Mit Rücksicht hierauf dürfte auch die Bestimmung des Holländischen Handelsgesetzbuchs (Art. 854.), daß dem Pfandinhaber zunächst eine Frist zur Geltendmachung seiner Rechte zu setzen, entbehrlich sein.

Nur eine Ausnahme glaubt der Entwurf machen zu müssen, und zwar zu Gunsten derjenigen Gläubiger, welche das Recht haben, sich ohne gerichtliches Verfahren aus dem Pfande zu befriedigen. Der Fall kann nach den bestehenden Gesetzgebungen nur bei Besitzpfandgläubigern eintreten. Für diese handelt es sich aber nicht blos um den Zeitpunkt, sondern auch um die Art des Verkaufs, und die freie Bestimmung über die letztere ist für den Erfolg häufig von so wesentlicher Bedeutung, daß die Entziehung derselben in vielen Fällen zu einer materiellen Beschädigung des Pfandgläubigers führen würde. Der Entwurf läßt daher dieses Recht[1]) im Konkurse bestehen, so daß einem solchen Gläubiger gegenüber der Gemeinverwalter, von einer gütlichen Verständigung abgesehen, auf die Einlösung der Sache oder auf den Privatverkauf derselben mit dem darauf haftenden Pfandrecht beschränkt bleibt[2]). Ob das Recht des Pfandgläubigers auf Gesetz, Privilegien oder rechtsgültiger Verabredung beruht, kann keinen Unterschied machen. Hiernach hat die Ausnahme nicht für alle Rechtsgebiete dieselbe Tragweite, und es ist namentlich nicht unerwogen geblieben, daß gemeinrechtlich bei dem Konventionalfaustpfand das Recht des Privatverkaufs noch in einzelnen Gebieten[3])

---

1) Insofern tritt also der Entwurf mit §. 646. der Proz. Ordn. wieder in Einklang.

2) Nach französischem Recht haben die Syndiken allen Pfandbesitzern gegenüber weiter gehende Rechte nicht. Vergl. Code art. 536. 537., Gesetz von 1838 art. 547. 548. Im Falle der Privatveräußerung würde die Uebergabe an den Käufer durch Anweisung geschehen können.

3) Das Recht des außergerichtlichen Verkaufes ist in den meisten Gebieten des gemeinen Rechts nicht recipirt, weder für den Verkauf der Immobilien, noch der Mobilien. Vergl. insbesondere Trotsche, Mecklenburger Civilprozeß Bd. 1. S. 4; v. Meibom, Mecklenburger Hypothekenrecht S. 4. Note 16.

geltendes Recht ist, aber durch die zweijährige Einlösungsfrist, sowie durch das Verkaufsrecht des Schuldners und der übrigen Gläubiger desselben beschränkt wird. Die Beseitigung solcher territorialen Rechtsverschiedenheiten liegt außerhalb der Aufgaben dieses Gesetzes (vergl. Motive zu §. 48. a. E.). Als gerichtliches Verfahren ist übrigens jede das Verfügungsrecht des Pfandgläubigers beschränkende Mitwirkung eines Gerichts anzusehen, so daß die zahlreichen Fälle, in denen das Handelsgesetzbuch dem Pfandgläubiger den Verkauf der Sache zwar ohne vorgängige Klage, aber doch nur auf Grund einer von ihm nachzusuchenden gerichtlichen Verordnung[1]) gestattet (vergl. H. G. B. Art. 310. 374. 375. 382. 387. 409. 624. 626. 629. 675.), nicht unter die Ausnahme gehören.

Die Bemerkungen zum §. 128. über die Stellung des Gemeinverwalters in dem Zwangsverfahren gegenüber den absonderungsberechtigten Gläubigern finden auch auf die Fälle des §. 129. Anwendung. Hier ist insbesondere hervorzuheben, daß der Pfandgläubiger die Sache nicht an den Gemeinverwalter, sondern nur an den zuständigen Gerichtsvollzieher herauszugeben hat, welcher gemäß den §§. 653. 661 der Prozeßordnung den Verkauf in der Regel in der Gemeinde vornehmen muß, in welcher die Pfändung erfolgt ist, so daß dem Pfandgläubiger auch hierbei die Wahrnehmung seiner Rechte nicht erschwert wird. Den Abzug eines Interusuriums (§§. 67. 72.) braucht derselbe sich ebensowenig gefallen zu lassen, wie bei einer vorzeitigen Einlösung des Pfandstücks, und auf die Behandlung und Berechnung bedingter oder unbestimmter Pfandforderungen finden gleichfalls nicht die §§. 68. ff. des Entwurfs, sondern die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen Anwendung. Daß die Sicherstellung noch nicht feststehender Pfandforderungen nur durch Hinterlegung eines angemessenen Geldbetrages geschehen soll, ist im §. 129. ausdrücklich ausgesprochen; über die Höhe dieses Betrages hat im Streitfalle der Prozeßrichter zu entscheiden. —

Als selbstverständlich ist es betrachtet, daß bei den auf Betreiben des Gemeinverwalters einzuleitenden Zwangsverkäufen die bei der gewöhnlichen Exekution dem Schuldner vor dem wirklichen Angriff des Pfandes etwa zu gestattenden und von den absonderungsberechtigten Gläubigern auch im Konkurse zu respektirenden Fristen in Wegfall kommen. Im Anschluß an die Ausführungen zum §. 115. mag endlich noch bemerkt werden, daß die §§. 128. 129. dem Gemeinverwalter nur ein Recht gewähren, keine Verpflichtung auferlegen. Wenn nach den vorhandenen Belastungen mit Sicherheit zu erwarten ist, daß aus einem Verkaufe ein

1) Diese Verordnung kann auch über die Art des Verkaufs Bestimmung treffen. Vergl. Anschütz und Völderndorff, Kommentar zu Art. 310. des Handelsgesetzbuchs Bd. II. S. 177.

Ueberschuß für die Gemeinmasse sich nicht ergeben wird, so würde die Extrahirung desselben für den Verwalter ebensowenig geboten und pflichtgemäß sein, als etwa die Ausklagung uneinziehbarer Forderungen.

§§. 130—132. 136. 137.

Pr. K. O. §§. 132. 136a. 144. 161—163. 221. 224. 225. 244. 336.

Außer der Kompetenz aus §. 2., in Ansehung deren der §. 130. Abs. 2. für etwaige Streitfälle die Zuständigkeit des Gerichts in einer der Einfachheit und Dringlichkeit der Sache entsprechenden Weise regelt, kann dem Gemeinschuldner und dessen Familie ein rechtlicher Anspruch auf Unterhalt aus der Gemeinmasse nicht eingeräumt werden. So weit sie nicht im Stande sind, sich diesen selbst zu verschaffen, würden sie nach strengem Recht der Armenpflege anheimfallen. In weiten Kreisen, namentlich im Handelsstande, ist jedoch eine dem Gemeinschuldner wohlwollendere Auffassung vorherrschend, welche es für billig erachtet, demselben eine mäßige Unterstützung aus der Gemeinmasse zufließen zu lassen. Fast alle neueren Gesetzgebungen sind dieser Auffassung entgegengekommen[1]), und es würde dem Entwurfe kaum anstehen, gegenüber einer solchen, aus Gründen der Humanität und des Standesgefühls hervorgegangenen Regung sich ablehnend zu verhalten. Die hier und da laut gewordenen Beschwerden richten sich weniger gegen das Prinzip, als gegen vorgekommene Mißbräuche und gegen den überwiegenden Einfluß, den in dieser Frage einzelne Gesetzgebungen den Gerichten zugestanden haben. Die Berechtigung des letzteren Vorwurfs, der insbesondere auch die Preußische Konkursordnung trifft, muß anerkannt werden. Es handelt sich um eine Schmälerung der Masse durch eine Liberalität, und hierfür kann nur der Wille der Gläubiger, zu deren Befriedigung diese Masse bestimmt ist, entscheidend sein. Der Entwurf überläßt daher (§. 132.) die Frage dem Ermessen des Gläubigerausschusses, von welchem eine unbefangene und vorurtheilsfreie Beantwortung derselben im Sinne der Gläubigermehrheit am ersten erwartet werden kann. Große Versammlungen sind erfahrungsmäßig zur Behandlung derartiger Angelegenheiten wenig geeignet. Nur vorläufig, für die kurze Frist bis zur Bildung des Gläubigerausschusses, soll der Gemeinverwalter nach eigenem freiem Ermessen zur Gewährung

---

1) Vergl. Code art. 530.; Gesetz von 1838 art. 474. 530.; Preuß. Konk. Ordn. §§. 162. 224.; Bayern Art. 1209. 1280. 1281.; Bremen §§. 20. 21.; Lübeck §. 20.; Sächs. Entwurf §. 151.; vergl. Bankeruttakte s. 38 u. A. — Alle diese Gesetzgebungen übertragen die Entscheidung entweder einem Mehrheitsbeschluß der Gläubiger oder dem Gericht oder beiden, unter verschieden geregelter Mitwirkung des Verwalters. Eine abweichende Stellung nimmt unter den neueren Gesetzgebungen Oesterreich ein, indem es (Konk. Ordn. §. 5.) die Bewilligung einer Unterstützung von der Zustimmung aller Gläubiger abhängig macht, welche durch die Gewährung zu Schaden kommen würden.

des Unterhalts befugt sein (§. 130.), jedoch nicht über das Maß des Nothwendigen hinaus, — eine Beschränkung, welche auch für den Gläubigerausschuß gilt. Die Zulässigkeit der Bewilligung an andere Voraussetzungen, als den vorhandenen Nothstand, zu knüpfen, ist nicht angemessen erschienen. Verwalter und Ausschuß mögen selbst erwägen, welches Gewicht sie auf die moralische Würdigkeit des Gemeinschuldners legen wollen. Sie können auch, wenn der Gemeinschuldner stirbt oder der Konkurs über einen Nachlaß eröffnet ist, der Familie des Gemeinschuldners eine Unterstützung gewähren. Daß zum nothwendigen Unterhalt auch eine Wohnung gewährt werden kann, ist selbstverständlich, und es wäre eine unnütze Härte, diese dem Gemeinschuldner zu entziehen, so lange sich nicht Gelegenheit zu einer anderen für die Gläubiger nützlichen Verwerthung derselben bietet. Ihre ausdrückliche Erwähnung ist nur deshalb unterblieben, um nicht der aus der Fassung der Preußischen Konkursordnung (§. 162.) gezogenen Folgerung einen neuen Anhalt zu gewähren, daß die Einräumung der Wohnung auf Kosten und gegen den Willen der Realgläubiger erfolgen könne[1]). — Eine Vergütung für etwaige Dienstleistungen des Gemeinschuldners fällt nicht unter den Begriff der Unterstützung, da derselbe nur zur Auskunftsertheilung, zu Arbeiten aber eben so wenig der Gesammtheit seiner Gläubiger, wie einem Einzelnen derselben verpflichtet ist.

Die Bestimmung über eine etwaige Fortführung des Geschäfts ist in gleicher Weise zunächst aus thatsächlichen Gründen in die Hände des Verwalters, endgültig aber in die des Gläubigerausschusses gelegt. Die Fortführung wird sowohl im Interesse des Gemeinschuldners, als dem der Gläubiger häufig wünschenswerth, nicht selten, namentlich bei Fabrikgeschäften, zur Abwendung großer Nachtheile geradezu nothwendig sein. Das Gericht mit der Entscheidung darüber zu befassen (vergl. Preuß. Konk. Ordn. §. 144., Gesetz von 1838 art. 470.), würde sich weder prinzipiell, noch sachlich empfehlen, da bei demselben in der Regel die erforderliche Sachkenntniß nicht präsumirt werden kann. Die Frage, ob und inwieweit der Verwalter befugt ist, bei einer Fortführung des Geschäfts neue für die Gemeinmasse und den Gemeinschuldner bindende Verpflichtungen einzugehen, beantwortet sich aus den zum §. 8. entwickelten Grundsätzen. Inwieweit gewerbepolizeiliche Bedenken, insbesondere aus dem Konzessionsrecht oder der Unzulässigkeit eines Gewerbebetriebs durch Stellvertreter der Fortführung entgegenstehen, bestimmt sich nach den Vorschriften der Gewerbeordnung (vergl. Gewerbeordnung §§. 29. ff. 41. ff. 55. ff.); auch die steuerliche Seite ist hier nicht zu

1) Vergl. Entscheidung des Preuß. Ober-Tribunals vom 2. Dezember 1869 in Striethorst's Archiv Bd. 78. S. 3 und Preuß. Anwaltszeitung Bd. 2. S. 201, 411.

erörtern, doch wird es von Interesse sein, daß in Preußen sowohl die höchste Verwaltungsbehörde, als das Königliche Obertribunal den bloßen Ausverkauf eines Geschäfts im Konkurse als steuerfrei anerkannt haben.

Der mündliche Vortrag über die Entstehung des Konkurses, die Lage der Sache und die bisher ergriffenen Maßregeln, welchen nach §. 131. der Verwalter im Wahltermine halten soll, wird in Verbindung mit der dem Gemeinschuldner selbst zur Pflicht gemachten Auslassung zur Information der Gläubiger besser dienen, als der schriftliche Bericht der Preußischen Konkursordnung (§. 163., vergl. auch Code art. 488., Gesetz von 1838 art. 482., Lübeck §. 65.), der gewöhnlich in den Akten vergraben blieb[1]), und höchstens für die, anderer genügender Auskunftsmittel nicht entbehrende Staatsanwaltschaft von Werth war. Es wird dadurch zugleich den Gläubigern eine Veranlassung zur stärkeren Betheiligung an dem Wahltermin gegeben, und bei Anwendung des jedem Gläubiger zustehenden Fragerechts muß die Klarstellung der Sache wesentlich gefördert werden. Daß für diese die Buchführung des Gemeinschuldners ein wesentliches, in kaufmännischen Konkursen nicht zu umgehendes Mittel ist, versteht sich von selbst. Nicht blos der Verwalter, sondern auch der Gläubigerausschuß wird sich von ihr überzeugen müssen. Ob sie aber einer besonderen technischen Revision zu unterziehen ist (vergl. Preuß. Novelle vom 12. März 1869 §. 163., Lübeck §§. 49. 65.), muß im einzelnen Falle geprüft werden; zu generellen Vorschriften in dieser Richtung, wie sie wohl aus Handelskreisen gefordert sind, fehlt es an einem genügenden Grunde.

Auf Grund dieser den Wahlen zweckmäßigerweise vorangehenden Verhandlungen wird der Gläubigerausschuß in den meisten Fällen sofort in der Lage sein, die ihm nach §. 132. obliegenden Entschließungen zu fassen. Außer der etwaigen Unterstützung des Gemeinschuldners und der Fortführung des Geschäfts betreffen diese den Geldverkehr und die laufende Kontrolirung des Verwalters durch den Gläubigerausschuß. In beiden Beziehungen sollen die Anordnungen des letzteren für den Verwalter bindend sein. Die Nothwendigkeit, den Geldverkehr mit besonderen Garantien zu umgeben, leuchtet ein. In Bezug auf die Einnahmen indeß würde eine Beschränkung des Verwalters nicht ohne störende Weiterungen und Erschwerungen des Geschäftsbetriebes durchzuführen sein. Die Bestimmungen des Code über das Visa des Kommissars zu den Quittungen, über die vorläufige Aufbewahrung der eingehenden Gelder unter Mitverschluß eines Gläubigers und über die Ernennung eines besonderen Kassirers (Code art. 463. 496. 527.) haben

1) Die in der Preuß. Novelle vom 12. März 1869 vorgeschriebene Offenlegung des Berichts im Gerichtslokal hat hieran thatsächlich nicht viel geändert.

sich als unpraktisch erwiesen und sind deshalb in dem Gesetz von 1838 vollständig aufgegeben (vergl. dessen art. 471. 489. 529). Auch nach der gemeinrechtlichen Praxis und der Preußischen Konkursordnung ist die Befugniß des Verwalters zum Geldempfange eine unbedingte (vergl. Bayer §. 41., Fuchs §. 10., Preuß. Konk. Ordn. §. 161). Dagegen sind Vorkehrungen zu treffen, daß nicht die Geldbestände länger als nothwendig in den Händen des Verwalters verbleiben oder von demselben zu fremdartigen Zwecken verwendet werden. Beides wollen die §§. 132. 136. 137. verhindern. Der Gläubigerausschuß soll alsbald bestimmen, in welcher Weise, wo und unter welchen Bedingungen die baaren Gelder und Werthsachen (zu denen auch die geldwerthen Papiere gehören) hinterlegt oder angelegt werden sollen. Die in der Preußischen Konkursordnung (§§. 161. 221.) absolut vorgeschriebene Ablieferung zum gerichtlichen Depositorium wird allseitig als eine unzulässige Bevormundung der Gläubiger erkannt; sie ist umsoweniger beizubehalten, als eine gerichtliche Depositalverwaltung nicht überall existirt, und vielfach da, wo sie besteht, ihre Aufhebung in Aussicht genommen ist. Ein Zwang zur ausschließlichen Benutzung anderer öffentlicher Kassen (Amortisations- oder Depositalkassen, obrigkeitlich bestätigte Anstalten rc. vergl. Code und Gesetz vom 9. Mai 1859 art. 497., Gesetz von 1838 art. 489., Bayern Art. 1245., Lübeck Art. 80.) widerspricht nicht weniger den Grundsätzen der Selbstverwaltung. Der Gläubigerausschuß ist selbst im Stande, die Sicherheit der von ihm zu wählenden Hinterlegungsstelle, sowie die sonstigen Vortheile und Nachtheile derselben zu prüfen; außerdem aber darf ihm die Gelegenheit zu anderweiter nutzbringender Verwendung der disponiblen Gelder, z. B. durch Ankauf von leicht realisirbaren Staatspapieren, Prioritäten, Pfandbriefen oder Wechseln, nicht abgeschnitten werden. Daß er sich dabei nicht in gewagte Spekulationen einlassen darf, ist selbstverständlich; hiergegen schützt die persönliche Verantwortlichkeit seiner Mitglieder. — Sache der pflichtmäßigen Kontrole des Ausschusses ist es sodann, sich der Befolgung seiner Beschlüsse durch den Verwalter zu versichern. Hierzu dienen neben der ihm jederzeit zustehenden Einsichtnahme von der Geschäftsführung des Verwalters (§. 86.) zweckmäßige Anordnungen über die laufende Berichterstattung und Rechnungslegung (§. 136. Abs. 2.), welche selbstverständlich auch die Buch- und Aktenführung des Verwalters, die Sammlung der erforderlichen Beläge rc. umfassen können und denen nöthigenfalls durch Anwendung der gerichtlichen Disziplinarbefugniß (§. 82.) Nachdruck zu geben ist. Einem nachlässigen oder gewissenlosen Verwalter gegenüber tritt die Strafzinsenandrohung des §. 137. hinzu, die jedoch nur auf Beschluß des Gläubigerausschusses und unter Vorbehalt des Rechtsweges wirksam werden soll. In diesem Verfahren würde auch kontradiktorisch zu erörtern sein,

welchen Betrag der Verwalter nach den konkreten Umständen zur Deckung der laufenden Ausgaben in seinen Händen zu behalten Anlaß hatte. Die Höhe dieses Betrages muß naturgemäß wechseln, und es erscheint nicht angemessen, dieselbe (wie nach art. 489. des Französischen Fallimentsgesetzes und §. 161. der Preußischen Konkursordnung) im Voraus bestimmen zu lassen. Auch die absolute Strafandrohung der eben angeführten Gesetze, wonach der Verwalter im Falle der verzögerten Hinterlegung von Rechtswegen zur Verzinsung verpflichtet sein soll, wird von der Praxis nicht beachtet.

Die wichtigste Seite des Geldverkehrs — und der Beschränkung so bedürftig wie zugänglich — sind die Zahlungen aus der Gemeinmasse. Betreffs ihrer sucht der Entwurf die mit allerhand Unzuträglichkeiten erkaufte Garantie einer gerichtlichen Depositalverwaltung durch zwei Beschränkungen zu ersetzen (§. 136). Nur die laufenden Verwaltungsausgaben darf der Verwalter aus seinen Beständen leisten; er macht sich verantwortlich, wenn er gegen diese Vorschrift verstößt. Alle sonstigen Zahlungen sollen mittels Anweisung des Verwalters auf die Hinterlegungsstelle geschehen, und jede Anweisung, gleichviel auf welchen Betrag, bedarf zu ihrer Gültigkeit der Vollziehung durch mindestens ein Mitglied des Gläubigerausschusses. Wer die Zahlung zu empfangen hat, wird dadurch nicht in irgendwie erheblichem Maße beeinträchtigt. In England werden seit langer Zeit fast alle geschäftlichen Zahlungen durch Anweisungen auf eine Zahlstelle, die s. g. Cheks, vermittelt. Auch in Deutschland finden die großen Vorzüge dieses Systems immer allgemeinere Anerkennung; es würde erfreulich sein, wenn die Einbürgerung desselben durch seine praktische Bewährung in der Konkursverwaltung gefördert würde. Zur weiteren Erleichterung des Verkehrs gestattet der Entwurf, die Anweisungen an Ordre zu stellen und reiht sie für diesen Fall den in den §§. 301. ff. des Handelsgesetzbuchs behandelten Ordrepapieren an. Er gewährt damit die Möglichkeit, die Anweisung zu einem leicht begebbaren Handelspapier zu machen, welches den wechselrechtlichen Bestimmungen über die Form des Indossaments, über die Legitimation des Inhabers und die Verpflichtung desselben zur Herausgabe, sowie über die Amortisation unterliegt, dessen Accept durch die Hinterlegungsstelle diese jedem Indossatar direkt verpflichtet, und welches daher auch dem entfernt wohnenden Gläubiger als bequemstes Zahlungsmittel dienen kann. Mit Rücksicht auf diese Vortheile ist zu erwarten, daß von der Licenz des Gesetzes der ausgedehnteste Gebrauch gemacht werden wird.

Die näheren Modalitäten des Anweisungsverkehrs gegenüber der Hinterlegungsstelle, die Bestimmungen über Verzinsung, Provision, Kündigung 2c. werden in jedem Falle den Gegenstand eines besonderen Abkommens bilden müssen.

§§. 133—135.

Pr. K. O. §§. 157—160. 222. 223. 256. 264. 273. ff.

In den §§. 133—135. sind diejenigen Verfügungen über die Gemeinmasse zusammengestellt, für welche ein Zusammenwirken des Gemeinverwalters und des Gläubigerausschusses, bezw. eine vorherige Anhörung des Gemeinschuldners erfordert wird. Es muß hierbei ein doppelter Gesichtspunkt maßgebend sein; einerseits die Rücksicht auf die Wichtigkeit, Tragweite oder die Ungewöhnlichkeit einzelner Dispositionen, welche es nicht gestattet, über das Interesse der Betheiligten lediglich das Ermessen des Verwalters entscheiden zu lassen; andererseits die Erwägung, daß nicht durch zu weit gehende Beschränkungen des Letzteren die Abwickelung des Liquidationsgeschäfts zum größeren Nachtheil der Betheiligten gelähmt werden darf. Im Interesse der Verkehrssicherheit sind ferner diejenigen Beschränkungen, welche lediglich für den inneren Geschäftsgang maßgebend sein sollen, von denjenigen scharf zu sondern, durch deren Beobachtung die Gültigkeit der von dem Verwalter vorgenommenen Rechtshandlungen nach Außen hin bedingt wird.

Die der letzteren Kategorie angehörenden Beschränkungen enthält der §. 134. Ihre Zahl ließe sich ohne Verletzung der leitenden Grundsätze vermehren und vermindern; es kommt dabei viel auf individuelle Anschauung an. Der Entwurf hofft aber das richtige Maß innegehalten zu haben. Absichtlich sind solche Verfügungen der entscheidenden Mitwirkung des Gläubigerausschusses entzogen, bei welchen durch kurze Zeitversäumniß unwiderrufliche Nachtheile für die Masse herbeigeführt werden können; so namentlich die Aufhebung bestehender Pacht-, Miethș- und Dienstverträge mit Rücksicht auf die dabei in der Regel zu beobachtenden Kündigungstermine. Im Einzelnen dürfte Folgendes hervorzuheben sein:

Die Zulässigkeit des meistbietenden Verkaufs von ausstehenden Forderungen oder von Bezugsrechten (falls dieselben nicht etwa an die Person des Gemeinschuldners geknüpft sind) ist stillschweigend vorausgesetzt (§. 134. Nr. 1). Thatsächlich ist ein solcher Verkauf nichts Anderes, als ein Modus der Aufsuchung eines Cessionars[1]). Die meisten Konkursgesetze behandeln diesen Verkauf in dem Abschnitt von der Beendigung des Konkurses mit besonderer Beziehung auf die bis dahin unrealisirbar gebliebenen Aktiva und in Verbindung mit Spezialbestimmungen über die Zulässigkeit einer Ueberweisung derselben an einzelne Gläubiger. Mehrere Gesetze machen den Verkauf von einer Beschlußfassung der alsdann noch interessirten Gläubiger abhängig; einige gestatten ihn nur innerhalb

1) Vergl. auch Proz. Ordn. §. 677.

des Kreises dieser Gläubiger[1]). Der Entwurf geht davon aus, daß die Ueberweisung von Forderungen an einzelne Gläubiger immer nur Gegenstand freier Uebereinkunft sein kann und daher gesetzlicher Regelung nicht bedarf, daß aber die Nothwendigkeit oder Zweckmäßigkeit eines Verkaufs ausstehender Forderungen rc. vielfach bereits in den früheren Stadien des Verfahrens hervortritt und alsdann kein Grund vorliegt, denselben bis zum Abschluß des Verfahrens hinauszuschieben oder in anderer Richtung dem Befinden des Verwalters und des Gläubigerausschusses über die zu ergreifenden Maßregeln Schranken zu setzen. Die Ausschließung der Gewährleistung der Gläubiger für die Richtigkeit und Sicherheit der verkauften Forderungen (Preuß. Konk. Ordn. a. a. O.) braucht nicht durch das Gesetz statuirt zu werden; sie gehört in die Verkaufsbedingungen. Auch die Form der Uebereignung an den Käufer oder Annehmenden kann der Praxis überlassen werden; ein gerichtliches Attest (Preuß. Konk. Ordn. §§. 274. 275.) wird dazu nicht immer erforderlich sein.

Daß unter den im §. 134. Nr. 2. erwähnten Prozessen nur solche zu verstehen sind, welche einen Gegenstand der Aktivmasse betreffen, bedarf hier nur vorübergehender Bemerkung. Die Nichtaufnahme eines schwebenden Prozesses bedeutet nach den §§. 12. 13. entweder die Aufgabe der von dem Gemeinschuldner erlangten Prozeßrechte, oder ein Anerkenntniß des Anspruchs des klagenden Prozeßgegners. In beiden Fällen steht eine direkte Schmälerung der Aktivmasse in Frage und hierfür erscheint immer, soweit nicht der Gegenstand an sich zu geringfügig ist, die Mitwirkung des Gläubigerausschusses gerechtfertigt. Aehnlich verhält es sich mit der Ausschlagung von Erbschaften oder sonstigen Anfällen für die Masse (§. 134. Nr. 3). Die Antretung derselben kann füglich dem Gemeinverwalter überlassen bleiben, da durch sie mit Rücksicht auf §. 9. (welcher dem Verwalter die Beobachtung der für die Wahrung der Rechtswohlthat des Inventars gegebenen Vorschriften zur unbedingten Pflicht macht) die Gläubiger nicht benachtheiligt werden können.

Der §. 134. Nr. 3. hebt ferner einige Fälle der Eingehung neuer Verbindlichkeiten hervor, deren Statthaftigkeit innerhalb der Zwecke des Konkurses schon zu den §§. 8. und 58. dargelegt ist, welche sich aber als besonders präjudizirlich für die Gemeingläubiger darstellen. Der Zweck des Konkurses und der zur Abwickelung desselben eingeleiteten Verwaltung schließt die Aufnahme von Darlehen, — ohne und mit Sicherheitsbestellung — nicht aus; eine solche kann vielmehr häufig,

---

1) Vergl. u. A. die im Einzelnen vielfach abweichenden Bestimmungen im Code art. 563., Gesetz von 1838 art. 570., Preuß. Konk. Ordn. §§. 273. ff., Oesterreich §. 146., Bayern Art. 1308. ff., Bremen §§. 228. ff., Lübeck §. 132.

um die Verwerthung von Massegegenständen zur richtigen Zeit eintreten zu lassen, um die Fortführung des Geschäfts zu ermöglichen und aus anderen Rücksichten geboten sein. Eine Form des Darlehns ist das Wechselgeschäft. Schon deshalb, aber auch zur Verwerthung in der Masse vorhandener Wechsel, wie zur Realisirung von Forderungen und Schuldverbindlichkeiten des Gemeinschuldners darf dem Verwalter nicht verwehrt werden, Wechsel auszustellen oder anzunehmen, und mit Obligo zu ziehen oder zu begeben. Bei allen diesen Kreditgeschäften wird indeß die Genehmigung des Gläubigerausschusses gefordert werden können und müssen, wenn die eingegangenen Verbindlichkeiten als Masseschulden (§. 58. Nr. 1.) wirken sollen. Die Genehmigung von einer gewissen Höhe des Schuldbetrages abhängig zu machen, verbietet sich theils dadurch, daß der Betrag nicht immer sofort schätzbar ist, theils dadurch, daß die Vorschrift leicht zu umgehen sein würde. — Eine Erstehung von Grundstücken kann vornehmlich zur Rettung der für den Gemeinschuldner eingetragenen Hypotheken nothwendig werden. In Preußen sind für Konkursmassen empfindliche Verluste dadurch entstanden, daß die Praxis des höchsten Gerichtshofes in solchen Fällen dem Verwalter die Befugniß absprach, als Bieter aufzutreten [1]). Gegenüber der Bestimmung des Entwurfs wird eine solche Praxis keinen längeren Bestand haben, nur hat der Verwalter sich rechtzeitig mit der zur Gültigkeit seiner Gebote erforderlichen Genehmigung des Gläubigerausschusses zu versehen. Auch hier handelt der Verwalter als Vertreter des Gemeinschuldners, auf dessen Namen daher die erstandenen Grundstücke unter gleichzeitiger Eintragung des Konkursvermerks (§. 120.) im Hypotheken- oder Grundbuche umzuschreiben sind.

Da der §. 134. zur Gültigkeit der Rechtshandlung, bezw. zur Wirksamkeit derselben als Masseschuld die Genehmigung des Gläubigerausschusses erfordert, so muß der Dritte bei allen im §. 134. genannten Rechtsgeschäften sich nach dem Vorhandensein der Genehmigung erkundigen.

Anders verhält es sich mit der Vorschrift des §. 133. und §. 135. Ihre Nichtbeachtung würde eine zweifellose Verantwortlichkeit des Verwalters begründen, ohne die Gültigkeit der von ihm vorgenommenen Rechtshandlungen zu beeinträchtigen. In den Fällen des §. 133. kann unmöglich dem Publikum die Prüfung zugemuthet werden, in welcher Lage sich der Konkurs befindet, welche Gründe zu einem Verkaufe drängen, oder welche Entschließungen im Schooße der Verwaltungsorgane getroffen sind. — Daß aber für diese und die im §. 135. bezeichneten Fälle dem Verwalter die vorherige Benachrichtigung des Gemeinschuldners zur Pflicht gemacht ist, beruht auf einer billigen Berücksichtigung der Interessen des Letzteren.

1) Vergl. Entscheidung des Preuß. Ober-Tribunals vom 19. Juni 1865 in Striethorst's Archiv Bd. 57. S. 362.

Es soll demselben Gelegenheit geboten werden, seine etwaigen Bedenken geltend zu machen und durch seine Information auf eine sachgemäße Entscheidung hinzuwirken. Die exceptionelle Befugniß des Gerichts, auf Antrag des Gemeinschuldners ein Inhibitorium gegen vorzeitige Veräußerungen des Verwalters zu erlassen, ist bereits zum §. 115. erwähnt worden. Einem solchen Verbot würde die Wirkung eines Arrestes beizulegen sein; angemessen wird dasselbe nur dann erscheinen, wenn gegründete Aussicht auf das Zustandekommen eines Akkords vorhanden ist.

Vierter Titel.

Feststellung der Schuldenmasse.

§§. 138—148.

Pr. K. O. §§. 164—180. 227—238.

Bei der herkömmlich s. g. Konstituirung der Passivmasse, für welche der Entwurf einen entsprechenden deutschen Namen einführt, kann die Rückkehr zu dem gemeinrechtlichen Präklusions- und Klassifikationsverfahren nicht in Frage kommen. Ein Recht der diligenten Gläubiger auf absolute Ausschließung der säumigen ist nicht zu begründen; sie können nur beanspruchen, daß dasjenige, was im Konkurse bereits endgültig festgestellt, beschlossen oder ausgeführt ist, nicht durch die nachträglich hinzutretenden Gläubiger angefochten oder in Frage gestellt werde, und daß die Kosten verspäteter Anmeldungen nicht der Gemeinmasse zur Last fallen. Vom Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit aus betrachtet, haben aber die durch die Präklusion erstrebten Vortheile sich als illusorisch erwiesen gegenüber der fast schrankenlosen Zulassung von Restitutionen, zu der man sich genöthigt gesehen hat, um die unerträglichen Härten des Prinzips zu mildern.

Im großen Ganzen haben sich die von der Preußischen Konkursordnung in Anlehnung an das französische Recht, jedoch unter wesentlicher Verbesserung desselben im Einzelnen aufgestellten Grundsätze über die Anmeldung, Prüfung und Feststellung der Gemeinforderungen vorzüglich bewährt, und nicht mit Unrecht sind die betreffenden Abschnitte als die Glanzpunkte dieses Gesetzes bezeichnet worden. Der Entwurf folgt denselben im wesentlichen und ist nur bestrebt gewesen, einmal dem Verfahren eine noch größere Beschleunigung und Einfachheit zu geben, sodann dasselbe so zu konstruiren, daß dadurch sowohl für alle späteren Verhandlungen im Konkurse, als auch unter Umständen über den Konkurs hinaus für die Ver-

folgung der Ausfälle gegen den gewesenen Gemeinschuldner eine judikatmäßig feste und leicht übersichtliche Grundlage gewonnen werde.

Zur größeren Beschleunigung des Verfahrens soll zunächst die Abkürzung der allgemeinen Anmeldefrist dienen. Der §. 138. gewährt den Gemeingläubigern, deren Berufung nach den §§. 112. 113. nicht, wie in Preußen (§. 164.) spätestens innerhalb 14 Tagen oder, wie in Bayern und Baden (Art. 1252. resp. §. 714.), nach Ablauf der Beschwerdefrist bezw. nach Erledigung der Beschwerde, sondern sofort geschehen soll und bei der gründlicheren Vorbereitung der Eröffnung geschehen kann, nur eine Anmeldefrist von ein bis drei Monaten. Für die richterliche Abmessung derselben in diesen Schranken wird neben der Entfernung der ihrem Wohnort nach bekannten Gläubiger zugleich die Rücksicht auf den Umfang und die Bedeutung des Konkurses maßgebend sein. Bei der von Jahr zu Jahr fortschreitenden Verbesserung aller Kommunikationen nicht nur in Europa, sondern auch in und mit den übrigen Welttheilen muß eine Frist bis zu drei Monaten für die weit überwiegende Mehrzahl aller Gläubiger genügend erscheinen. Gläubiger freilich, welche in Ost-Asien, Australien, den Polargegenden ꝛc. ihren Wohnsitz haben, werden meist nicht im Stande sein, auf den gewöhnlichen Verkehrswegen in drei Monaten die Nachricht von der Konkurseröffnung zu erhalten und darauf ihre Anmeldung einzureichen. Für sie kann aber das Gesetz ohne schwere Benachtheiligung der Gesammtheit eine ausreichende Fürsorge nicht treffen, vielmehr liegt für solche Gläubiger in den gegebenen Verhältnissen die Nöthigung, sich rechtzeitig im Voraus für Dringlichkeitsfälle eine inländische Vertretung zu sichern, ohne die sie auch außerhalb eines Konkurses leicht zu Schaden kommen können. Die ihnen drohenden Gefahren mindern sich mit der wachsenden Ausdehnung des Telegraphennetzes. Häufig werden auch die ausländischen Konsuln in der Lage sein, als vermuthete Bevollmächtigte für ihre Landesangehörigen einzutreten. Der Art. 8. der Konsular-Konvention mit den Nordamerikanischen Freistaaten vom 11. Dezember 1871 hat eine derartige Vertretungsbefugniß der beiderseitigen Konsuln für abwesende Interessenten bereits statuirt, und voraussichtlich wird eine ähnliche Bestimmung in die meisten künftigen Konsularverträge Aufnahme finden. Endlich ist zu erwägen, daß die für den Abschluß eines Akkords und für die Vornahme einer Vertheilung zu beachtenden Fristen nach Aufhebung des absoluten Präklusionsprinzips thatsächlich immer zugleich eine Verlängerung der Anmeldefrist enthalten, welche den entfernten Gläubigern zu statten kommt.

Der Entwurf läßt deshalb im Interesse des Ganzen eine zweite allgemeine Anmeldefrist nicht zu, weder von vornherein zu Gunsten außerdeutscher Gläubiger (Preuß. Konk. Ordn. §. 166.), noch nachträglich für diejenigen, welche die

erste Frist nicht gewahrt haben (§. 171. das.). Es muß davon ausgegangen werden, daß die erste Aufforderung der Gläubiger zur Kenntniß Aller gelangt, und daß sie genügt, um Alle in Verzug zu setzen. Erfahrungsmäßig haben die bestehenden Vorschriften über eine zweite Anmeldefrist auch den Nachtheil gehabt, daß einzelne Gläubiger dieselben absichtlich oder aus Nachlässigkeit zur Verzögerung ihrer Anmeldung mißbraucht und dadurch ohne Noth das ganze Verfahren aufgehalten haben. Einer solchen Möglichkeit darf nicht Vorschub geleistet werden, und es haben daher auch die Konkursgesetze Oesterreichs, Bayerns und Dänemarks die zweite Frist fallen lassen.

Die öffentliche Bekanntmachung der Anmeldefrist und des Prüfungstermins, sowie die besondere Benachrichtigung der bekannten Gläubiger ist im §. 113. vorgeschrieben.

Die Anmeldung selbst ist an keine bestimmte Form gebunden. Sie kann schriftlich (ohne Anwaltszwang) oder in Gemäßheit der für das amtsgerichtliche Verfahren geltenden Regel (Proz. Ordn. §. 432.) durch Erklärung zum Protokoll des Gerichtsschreibers geschehen; immer aber gilt sie als bewirkt erst mit dem Augenblicke ihrer Niederlegung oder Protokollirung bei Gericht (§. 139). Diese ist der Einreichung an den Verwalter (Code art. 502., Gesetz von 1838 art. 492.), welchem jedoch Abschrift der Anmeldungen sofort zuzustellen ist, schon mit Rücksicht auf die Bestimmungen des Entwurfs (§. 17.) über die Unterbrechung der Verjährung vorzuziehen, deren Zeitpunkt einer zuverlässigen und beweisenden Fixirung bedarf; überdies würde man den anmeldenden Gläubigern die Hinterlegung der Beweisstücke auf der Gerichtsschreiberei gestatten müssen, da ihnen die Aushändigung an den Verwalter nicht zugemuthet werden kann.

Als wesentlich für den Inhalt der Anmeldung bezeichnet der §. 139. nur die Angabe des Betrages und Schuldgrundes der Forderung; im übrigen finden analog die Vorschriften der Prozeßordnung (§. 117.) über die Erfordernisse eines vorbereitenden Schriftsatzes Anwendung. Die Angabe des Schuldgrundes ist nothwendig zur Feststellung der Identität der Forderung und wegen der Unzulässigkeit einer Veränderung des Fundaments bei der prozessualischen Verfolgung eines bestrittenen Anspruchs (§. 145. Abs. 1.); sie kann auch für die Frage nach der Unterbrechung der Verjährung von Bedeutung sein. Bei der Angabe des Betrages sind die materiellen Vorschriften des ersten Buchs zu beachten, nach welchen jede Gemeinforderung nur in einer bestimmten Geldsumme, und zwar nach der Reichsmünze, geltend gemacht werden kann (§. 71). Es wird möglichst darauf zu halten sein, daß die mit dem Kapital gleichberechtigten Nebenforderungen an Kosten und Zinsen (§. 64.) sofort von dem Anmeldenden berechnet und dem Kapital zugesetzt

werden. Daß übrigens ein von einem Gläubiger beanspruchtes Vorrecht gleichfalls ausdrücklich angemeldet werden muß, ergiebt sich aus den §§. 140. 144.; von Amtswegen werden Vorrechte nicht berücksichtigt.

Sämmtliche Anmeldungen und, wenn eine Anmeldung mehrere Forderungen umfaßt, die Forderungen einzeln sollen von dem Gerichtsschreiber nach der Rangordnung der etwa beanspruchten Vorrechte und zweckmäßigerweise sofort nach ihrem Eingange in eine doppelt zu führende Tabelle eingetragen werden, welche als urkundliche Basis für das ganze weitere Verfahren zu dienen und namentlich auch einen besonderen Theilungsplan überflüssig zu machen bestimmt ist (§. 140). Die Wichtigkeit dieser Tabelle leuchtet ein, und es ist daher erforderlich, daß bei der Anfertigung derselben mit der größten Sorgfalt verfahren werde. Der Entwurf schreibt ein Formular nicht vor, dasselbe ergiebt sich von selbst aus den verschiedenartigen Zwecken der Tabelle. Das bewährte und auch in Oesterreich adoptirte Formular der Preußischen Instruktion vom 6. August 1855 enthält in zwei Hauptabtheilungen, deren erste die bevorrechteten, die andere die nicht bevorrechteten Forderungen aufnehmen soll, folgende Rubriken:

1. Laufende Nummer;
2. Stand, Name und Wohnort des Gläubigers;
3. Bezeichnung des Bevollmächtigten und Hinweis auf die Vollmacht desselben;
4. Tag des Eingangs, der Bewirkung der Anmeldung;
5. Angemeldeter Betrag;
6. Bezeichnung des Rechtsgrundes (Schuldgrundes) der Forderung und Angabe der Beweisurkunden;
7. Beanspruchtes Vorrecht;
8. Resultat der Prüfungsverhandlung;
9. Bemerkungen.

Die 7. Rubrik läßt sich dadurch erübrigen, daß der Tabelle zwei Vorabtheilungen, gemäß den beiden vom Entwurf zugelassenen Vorrechten (§§. 61. 62.), vorangeschickt werden, in deren jede die Forderungen einzutragen sind, für welche der Liquidant das entsprechende Vorrecht beansprucht, — dagegen wird bei dem später zu erörternden Wegfall eines Theilungsplans den Rubriken noch eine neue: »Geleistete Abschlagszahlungen« mit Unterabtheilungen hinzutreten müssen.

Die Offenlegung sämmtlicher Anmeldungen und nach Ablauf der Anmeldefrist auch der Tabelle ermöglicht allen Betheiligten, die Richtigkeit der Ein-

tragungen zu kontroliren und sich zu dem Prüfungstermin vorzubereiten. In dieser Richtung trägt der Entwurf weitere Sorge dadurch, daß er es dem Verwalter zur Pflicht macht, seine etwaigen Einwendungen gegen angemeldete Forderungen spätestens eine Woche vor dem Prüfungstermin zur Kenntniß der betreffenden Gläubiger zu bringen und gleichzeitig seine Erklärung über alle Anmeldungen auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen; indem er ferner die Mitglieder des Gläubigerausschusses verpflichtet, von dieser Erklärung und von sämmtlichen Anmeldungen Kenntniß zu nehmen und, daß dies geschehen, unter der Tabelle zu versichern (§. 141). Diese Bestimmungen bieten Schutz gegen leichtfertiges Verhalten des Verwalters; sie setzen den einzelnen Gläubiger in die Lage, die Nothwendigkeit oder Zweckmäßigkeit seiner persönlichen Betheiligung an dem Prüfungstermin zu ermessen und in demselben unbegründete Einwendungen des Verwalters sofort zu widerlegen; endlich sind sie geeignet, ein befriedigendes Ergebniß der Prüfungsverhandlung durch sachgemäßes Eingreifen des Gläubigerausschusses zu fördern. Die Nichtbeachtung der für die Offenlegung bezw. Mittheilung der Tabelle und der Erklärungen des Verwalters in den §§. 140. 141. vorgeschriebenen Fristen giebt den Betheiligten das Recht, auf Vertagung des Termins anzutragen, und die hierdurch erwachsenden Kosten würden von demjenigen, der die Versäumniß verschuldet hat, zu erstatten sein. Uebrigens ist nicht gemeint, daß die vorläufigen Erklärungen des Verwalters bindend und unwiderruflich sein sollen; sie sollen vielmehr nur die allein entscheidende Verhandlung im Prüfungstermin vorbereiten und können daher in diesem (ebenso, wie in der mündlichen Verhandlung die Erklärungen vorbereitender Prozeßschriften) berichtigt oder ergänzt werden. Ebensowenig sind die Gläubiger verhindert, in dem Prüfungstermine ihre Anmeldungen, einschließlich des darin angegebenen Schuldgrundes wie des beanspruchten Vorrechts, abzuändern oder zu vervollständigen. Wird hierdurch zum Zwecke der besseren Vorbereitung des einen oder anderen Theils eine Vertagung erforderlich, so wird analog nach den entsprechenden Vorschriften der Prozeßordnung (§. 231.) zu verfahren sein.

Ueber die Stellung des Gemeinschuldners und der einzelnen Gläubiger bei der Prüfung und Feststellung der Gemeinforderungen ist bereits gesprochen worden. Zum ersten Titel des ersten Buchs ist eingehend ausgeführt, weshalb hierbei dem Gemeinschuldner eine für das Konkursverfahren entscheidende Mitwirkung nicht eingeräumt werden kann, während jedem Gläubiger die unbeschränkte Befugniß zustehen muß, jeder anderen Anmeldung zu widersprechen und den sich hieraus ergebenden Streit selbständig durchzuführen. Auf diesen Grundsätzen beruhen die §§. 142. ff. Thatsächlich wird der Schwerpunkt der Prüfungsverhandlungen immer

bei dem Verwalter liegen, der nach dem Entwurf, wie nach den meisten neueren Konkursgesetzen in seiner Person zugleich die Funktionen des gemeinrechtlichen Kontradiktors vereinigt und als Vertreter des Gemeinschuldners, sowie in pflichtmäßiger Wahrnehmung der Interessen aller Gläubiger berufen ist, jede einzelne Forderung sowohl nach ihrer Verität, als nach ihrem etwaigen Vorrecht zu prüfen. Von dem Gemeinschuldner, für welchen die öffentliche Bekanntmachung gleichfalls als Ladung gilt, fordert der §. 142. eine Erklärung nur zur Aufklärung und damit gegen ihn das Präjudiz des §. 202. geltend gemacht werden kann. Sein Bestreiten, welches mit Rücksicht auf die letztere Bestimmung allerdings in die Tabelle unter der Rubrik »Bemerkungen« einzutragen ist, macht für den Konkurs die Forderung nicht streitig; diese Kraft hat nach §. 142. Abs. 2. nur ein Bestreiten des Verwalters oder eines Gemeingläubigers. Von dem Ersteren verlangt aber der Entwurf eine ausdrückliche Erklärung. Ohne ihn kann nicht verhandelt werden; ein Kontumazialverfahren gegen den Verwalter findet nicht statt; versäumt er den Termin, so muß dieser wiederholt werden, und er haftet im Falle des Verschuldens für Schäden und Kosten. Die Theilnahme der einzelnen Gläubiger an dem Prüfungsgeschäft ist dagegen naturgemäß eine freiwillige; sie können erscheinen und sich erklären, brauchen es aber nicht; ihr Schweigen gilt, soweit es sich nicht um ihre eigenen Forderungen handelt, als Zustimmung zu den Erklärungen des Verwalters, ihr Bestreiten macht trotz eines Anerkenntnisses des letzteren die Forderung zu einer streitigen. Die Bestimmungen der französischen und österreichischen Gesetzgebung (Code art. 504., Gesetz von 1838 art. 494., Oesterr. Konk. Ordn. §. 119.), welche nur den bereits anerkannten oder mindestens in die Bilanz aufgenommenen Gläubigern die aktive Betheiligung an dem Prüfungsverfahren gestatten, sind nicht zu billigen. Sie räumen der Willkür oder Zufälligkeiten einen unzulässigen Einfluß ein, während nach der anderen Seite die Vorschrift der Preußischen Konkursordnung §§. 172. 173., zufolge der jeder in dem Termin anwesende Gläubiger befugt ist, die Forderung des anderen zu bestreiten, allerdings einer Beschränkung bedarf. Der Entwurf gewährt das Prüfungsrecht nur den anwesenden Gläubigern, welche ihrerseits eine Forderung bereits angemeldet haben. So wird nicht zu besorgen sein, daß unbetheiligte Personen sich in die Verhandlung eindrängen werden. Gegen mögliche vereinzelte Mißbräuche schützt die Strafbestimmung gegen fälschliches Anmelden, sowie das dem Gericht beigelegte Recht der vorläufigen Zulassung bestrittener Forderungen. Im übrigen ist auch ohne ausdrückliche Vorschrift[1]) es zweifel-

---

1) Solche Vorschriften enthalten u. A. die Oesterreichische Konk. Ordn. §. 124., die Württembergische Proz. Ordn. Art. 927.

los, daß ein Gläubiger, dessen Forderung von einem anderen bestritten ist, im Spezialprozesse das Interesse und damit die Sachlegitimation des letzteren bestreiten und hierdurch dessen Widerspruch beseitigen kann.

Die Verhandlung im Prüfungstermine, zu welchem die für die Beurtheilung der angemeldeten Forderungen erheblichen Materialien, namentlich die Geschäftsbücher des Gemeinschuldners und die zugänglichen Prozeßakten in bereits rechtshängigen Sachen, nach Möglichkeit bereit zu halten sind, ist mündlich, jedoch ohne eigentlich prozessualischen Charakter. Sie unterliegt, wie jede gerichtliche Verhandlung, der Leitung des Gerichtsvorsitzenden. Diesem ist im Hinblick darauf, daß im Konkurse die rasche Beseitigung der einzelnen Streitpunkte einem allgemeinen Interesse begegnet, der Versuch der Sühne, zu dem der Prozeßrichter immer nur befugt ist (Proz. Ordn. §. 253.), zur Pflicht gemacht. Einen materiellen Einfluß auf die Sache gewährt demselben das bereits mehrfach erwähnte Recht der vorläufigen Zulassung (vergl. die Motive zu den §§. 90—94). Auch hierüber soll zunächst die Einigung des Liquidanten mit dem bestreitenden Verwalter oder Gläubiger erstrebt werden; nur event. tritt das Entscheidungsrecht des Gerichts ein. Ein erheblicher Aufenthalt kann hierdurch dem Prüfungsverfahren nicht erwachsen, da dieses eine Erörterung der maßgebenden thatsächlichen und rechtlichen Momente ohnedies voraussetzt. Gerade deshalb erscheint der Prüfungstermin als der geeignete Zeitpunkt für die Entscheidung. Wenn diese in dem §. 142. als eine endgültige bezeichnet wird, so soll dadurch nur die Unstatthaftigkeit eines Rechtsmittels ausgedrückt werden; die spätere Abänderung der, den derzeitigen Umständen entsprechend getroffenen Entscheidung durch das Gericht selbst auf Grund neuer Momente oder Anführungen und nach vorheriger mündlicher Verhandlung unter den Parteien ist keineswegs ausgeschlossen.

Von der in Frankreich, den Niederlanden, England und den Vereinigten Staaten vorgeschriebenen Affirmation der nicht bestrittenen Forderungen in die Hände des Kommissars (Code art. 507., Gesetz von 1838 art. 497., Holländ. H. G. B. Art. 823., bankr. act. s. 25[1], Amer. s. 22) sieht der Entwurf ab. Dieselbe widerspricht deutschrechtlichen Anschauungen und ist schon bei der Berathung des Französischen Fallimentsgesetzes lebhaft bekämpft worden[1]); in der Praxis ist sie insbesondere dadurch zu einer bedeutungslosen Form geworden, daß sie in den meisten Fällen durch Bevollmächtigte geschah, und vielfach ist sie deshalb vollständig außer Gebrauch gekommen.

Der §. 143. verordnet zunächst die Eintragung des Ergebnisses der Ver-

---

1) Rénouard I. p. 546. ff. No. 6.

handlung in die Tabelle und zwar mit Rücksicht auf die Bedeutung dieser Eintragung und zur Verhinderung späterer Fälschungen die Eintragung durch das Gericht, also unter Mitvollziehung des Gerichtsvorsitzenden. Zu jeder geprüften Forderung ist zu vermerken, ob und inwieweit und event. mit welchem Vorrecht sie als unstreitig festgestellt oder aber streitig geblieben, im letzteren Falle zugleich, wer der Gegner und wie über die vorläufige Zulassung befunden ist. Wird für eine Forderung erst im Termin ein Vorrecht in Anspruch genommen, so ist dieselbe in die 1. oder 2. Vorabtheilung zu übertragen und dies in der dritten (Haupt-) Abtheilung unter der Rubrik »Bemerkungen« zu registriren, in welche, wie bereits erwähnt, auch die negirenden Erklärungen des Gemeinschuldners gehören. Daß zugleich über die Verhandlung ein Protokoll aufzunehmen, ist selbstverständlich (vergl. Proz. Ordn. §§. 139. 431). Auf dasselbe finden die §§. 140—145. Proz. Ordn. entsprechende Anwendung; da jedoch die Tabelle als ein Theil dieses Protokolls anzusehen, so wird letzteres außer den allgemeinen Requisiten des §. 139. der Prozeßordnung gewöhnlich nur die Bezeichnung der geprüften Forderungen der Nummer nach unter Hinweis auf die Tabelle zu enthalten haben; insbesondere kann es für die Regel einer Aufzeichnung der Gründe, aus welchen eine Forderung bestritten ist, nicht bedürfen, da diese erst in dem späteren Prozesse interessiren. Durch das Protokoll sind dagegen die etwaigen Modifikationen der Anmeldung des Gläubigers sowie der schriftlichen Erklärung des Verwalters und die etwaige Rückgabe von Urkunden zu konstatiren, welche letztere, soweit die Urkunden streitig gebliebene Forderungen betreffen, immer, in Ansehung unstreitiger Forderungen nur auf Verlangen geschehen muß, jedoch auch in diesem Falle von Amtswegen geschehen kann. Die Vorschrift, daß auf den Urkunden über unstreitige Forderungen die erfolgte Feststellung durch den Gerichtsschreiber (als Ausfertigungsbeamten und daher auch unter dem Gerichtssiegel) zu vermerken, bezweckt eine Dispositionserleichterung für den Gläubiger.

Die in der Preußischen Konkursordnung nicht klar ausgesprochene materielle Wirkung des Prüfungsverfahrens rücksichtlich der als unstreitig festgestellten Forderungen bringt der Abs. 2. des §. 143. dahin zum Ausdruck, daß betreffs ihrer die Tabelle als ein rechtskräftiges Urtheil gegenüber allen Gemeingläubigern gelten soll. Dies trifft unterschiedslos alle Gemeingläubiger, mögen sie ihre Forderungen angemeldet haben oder nicht, und mögen sie im ersteren Falle den Prüfungstermin wahrgenommen oder versäumt haben. Es wird hierdurch dem Grundsatze des §. 97. entsprochen, bei dessen Erörterung bereits die Unzuträglichkeit der abweichenden Bestimmung der Bayerischen Prozeßordnung (Art. 1270.) hervorgehoben ist. Die Frage, welche Einwendungen gegen die Feststellung zulässig sind,

beantwortet sich daher analog nach den Vorschriften der Proz. Ordn. §§. 623. ff., und ebenso findet ein Wiederaufnahmeverfahren gegen die Feststellung nur in denjenigen Fällen statt, in welchen einem rechtskräftigen Endurtheil gegenüber nach den §§. 510. ff. der Prozeßordnung die Nichtigkeits- oder Restitutionsklage zulässig sein würde, insoweit die hierfür gegebenen Voraussetzungen nicht durch die Natur des Konkursverfahrens von selbst ausgeschlossen sind. Die Feststellung wirkt aber als Judikat nicht nur für, sondern auch gegen den Liquidanten, welchem daher konsequenter Weise die nachträgliche Geltendmachung eines Vorrechts unbedingt versagt sein muß (§. 144).

Für die unstreitigen Forderungen schließt das Feststellungsverfahren mit der Eintragung in die Tabelle ab. Aber auch für die streitig gebliebenen schließt die Prüfung das gemeinschaftliche Verfahren, d. h. das weitere Verfahren im Konkurse ab. Nichts hat mehr als die, freilich mit der komplizirten Vorrechtsordnung im engsten Zusammenhang stehende Einrichtung des gemeinschaftlichen Liquidations- und Prioritätserkenntnisses dazu beigetragen, den Abschluß jedes gemeinrechtlichen Konkurses, auch des einfachsten, in unabsehbare Ferne zu rücken und diesen zu einer Kalamität für jeden dabei Betheiligten zu machen. Aus der Natur des Konkurses ergiebt sich kein Grund, die Schicksale sämmtlicher Gläubiger so innig mit einander zu verketten; für den Gläubiger einer unstreitigen oder spruchreifen Forderung erscheint es vielmehr als eine Art Rechtsverweigerung, wenn ihm zugemuthet wird, auf die Feststellung derselben und damit auf seine Befriedigung so lange zu warten, bis es gelungen ist, nach oft jahrelangen Verhandlungen die Forderungen aller seiner Mitgläubiger gleichfalls zu Ende zu instruiren. Den Letzteren erwächst daraus nicht einmal ein Vortheil, da es leicht ist, der par conditio creditorum in Bezug auf die Vertheilung des Aktivvermögens in anderer Weise, durch Zurückhaltung entsprechender Spezialmassen, die Anerkennung zu sichern. Ebensowenig erscheint es nöthig oder gerecht, diejenigen Gläubiger, deren Forderungen streitig geblieben, zur Verfolgung ihrer Ansprüche zu zwingen oder allgemein die endliche Entscheidung von Amtswegen herbeizuführen. An Stelle des zudem mit dem Mündlichkeitsprinzip der neuen Prozeßordnung absolut unvereinbaren gemeinrechtlichen Verfahrens adoptirt daher der Entwurf das von den meisten modernen Gesetzgebungen, namentlich auch der Preußischen und Oesterreichischen Konkursordnung (§. 229., bezw. 129.), mit dem günstigsten Erfolge bereits eingeführte System der Spezialprozesse, welches jedem Gläubiger seine Selbständigkeit und Unabhängigkeit wahrt, während die erforderliche Uebersichtlichkeit erfahrungsmäßig durch Nachtragungen in die Tabelle in der ausreichendsten Weise herzustellen ist.

Die Betreibung der Spezialprozesse muß den einzelnen Gläubigern, welche die Feststellung im Prüfungstermine nicht haben erlangen können, überlassen bleiben (§. 145). Sie haben dabei das größte Interesse; und die Gefahr der Ausschließung bei den Vertheilungen (§. 152.) enthält für sie einen genügenden Antrieb zu raschem Vorgehen. Ihrer freien Entschließung durch ein offizielles Eingreifen des Konkursgerichts zu präjudiziren, wie in gewissem Grade noch nach französischem und bayerischem Recht geschieht (Code art. 508., Gesetz von 1838 art. 498., Bayer. Proz. Ordn. Art. 1269.), fehlt es an jedem Anlaß. Für Ausnahmefälle, wenn z. B. es einmal wünschenswerth erscheinen möchte, einem vorläufig zugelassenen, aber mit Anstellung der Klage säumigen Gläubiger das Stimmrecht für die bestrittene Forderung bei den Konkursverhandlungen zu entziehen, bietet der §. 218. der Prozeßordnung demjenigen, von welchem die Bestreitung ausgegangen, die Möglichkeit, die Rolle des Klägers zu übernehmen.

Daß für die Anträge im Spezialprozeß die materiellen Vorschriften der Konkursordnung maßgebend sein müssen, versteht sich von selbst. Demgemäß kann nicht auf Verurtheilung zur Zahlung, sondern nur auf Feststellung der Forderung nach Betrag oder Vorrecht angetragen werden. Ebenso würde eine auf Leistung einer Handlung statt auf das Geldinteresse gerichtete Klage eines Gemeingläubigers unstatthaft und ein hierauf ergangenes Urtheil unausführbar sein. Durch die weitere Beschränkung, daß die Feststellung sich innerhalb der Grenzen der Anmeldung halten soll, wird dem Prüfungsverfahren seine rechtliche Bedeutung gewahrt. Wenn dasselbe seinen doppelten Zweck erreichen soll, jedem Gemeingläubiger die entscheidende Mitwirkung bei der Feststellung aller übrigen Gemeinforderungen zu sichern und unnöthige Prozesse zu verhindern, so darf keine Gemeinforderung zur Klage gestellt werden, welche nicht der vorschriftsmäßigen Prüfung unterworfen ist. Dies würde aber der Fall sein, nicht nur, wenn man in dem Spezialprozeß eine Erweiterung der Forderung nach ihrem Betrage oder Vorrecht, sondern auch dann, wenn man in demselben eine Aenderung des das Wesen der Forderung bestimmenden Rechtsgrundes zuließe. Auch nach der Preußischen Konkursordnung, welche den letzteren Satz nicht ausdrücklich ausspricht (§. 290.), ist in der Praxis angenommen, daß wenigstens die Identität der eingeklagten mit der angemeldeten Forderung nicht durch Substituirung eines anderen Klagegrundes in Zweifel gestellt werden dürfe[1]). Hat ein Gläubiger seiner Anmeldung ein unrichtiges Fundament zu Grunde gelegt, so steht ihm immer der Weg einer neuen Anmeldung offen, durch welche er auch etwaige Erweiterungen seiner Forderung nach Betrag, Schuldgrund und Vorrecht, dem Grundsatze des §. 14. entsprechend, zunächst geltend zu machen hat.

1) Vergl. Entsch. des Reichs-Oberhandelsgerichts Bd. 5. S. 427, 428.

Die Preußische Konkursordnung (§. 229.) läßt von Amtswegen jedem Gläubiger, dessen Forderung bestritten ist, zum Zweck der Klaganstellung eine beglaubigte Abschrift seiner Anmeldung, des Prüfungsprotokolls und eines Auszuges aus der Tabelle ertheilen. Für die zahlreichen Fälle, in welchen der Gläubiger gar nicht beabsichtigt, den Prozeßweg zu beschreiten, erwächst aus dieser Vorschrift überflüssigerweise ein nicht unerhebliches Schreibwerk. Aber auch für die übrigen Fälle kann die Nothwendigkeit derselben nicht anerkannt werden, wenn dem Prozeßrichter die Verpflichtung abgenommen wird, die Begründung jeder Klage von Amtswegen zu prüfen. Ob die vorher besprochenen Schranken bei Formulirung der Klaganträge beobachtet sind, läßt sich auch durch übereinstimmende Parteierklärungen konstatiren; event. mag die beweispflichtige Partei bei dem Konkursgericht auf Ertheilung der erforderlichen Nachweise antragen, welchem Antrage unbedenklich statt zu geben ist. Wenn trotzdem Anmeldung und Urtheil sich nicht decken sollten, so würde dem letzteren mit Rücksicht auf die Vorschriften der §§. 14. 145. die Anerkennung im Konkurse zu versagen sein.

Mit dem gemeinschaftlichen Klassifikationsurtheil fällt zugleich die Nothwendigkeit, sämmtliche Spezialprozesse vor das Konkursgericht zu ziehen, was auch nach Verweisung der Konkurse vor den Einzelrichter ganz unthunlich sein würde. Der Entwurf läßt die s. g. vis attractiva des Konkurses nur in beschränkter, jedoch für das praktische Bedürfniß ausreichender Weise eintreten. Er verweist die nicht überhaupt vom Rechtswege ausgeschlossenen oder nicht bereits vor der Eröffnung des Konkurses rechtshängig gewordenen Sachen, soweit nicht ein anderer ausschließlicher Gerichtsstand begründet ist, vor das im Einzelfalle für den Ort des Konkurses dem Gegenstande nach zuständige Gericht. Diese, mit den maßgebenden Grundsätzen der Prozeßordnung (vergl. z. B. §. 699.) in Einklang stehende Bestimmung läßt die sachliche Kompetenz der Amts-, Land- und Handelsgerichte, sowie etwaiger Spezialfora unberührt, beugt aber einer zu großen Zersplitterung vor und macht die Bestellung eines gemeinschaftlichen Gerichtsstandes für die Fälle, wo die Klage gegen mehrere Interessenten mit verschiedenem allgemeinem Gerichtsstande zu richten sein würde, überflüssig. Die Entscheidung über ein Vorrecht (welche dem Rechtswege niemals entzogen werden kann) würde ausschließlich, dem bestehenden Rechte gemäß, dem Konkursgericht übertragen werden können, wenn nicht hieraus mit Rücksicht auf die sonstige Kompetenzbeschränkung des letzteren sich die Möglichkeit einer unzuträglichen Vervielfältigung der Prozesse für solche Fälle ergäbe, in welchen Betrag und Vorrecht bestritten sind. Der hierfür bis jetzt vorwiegend bestimmende Gesichtspunkt, daß nur bei dem Konkursgericht mit Sicherheit auf eine gleichmäßige Anwendung des am Orte des Konkurses geltenden Rechts

zu rechnen sei, verliert mit der Einführung eines einheitlichen Vorrechtssystems für ganz Deutschland seine Bedeutung. Die Fortsetzung der bereits anhängigen Prozesse vor den einmal damit befaßten Gerichten (für welche sogar die neueren Lehrer des gemeinen Rechts sich ausgesprochen haben[1]) dient zur Ersparung von Zeit und Kosten und empfiehlt sich um so mehr, als ohnedies die bisherigen Ergebnisse solcher Prozesse nach den zum §. 14. entwickelten Grundsätzen für den Konkurs maßgebend bleiben. An Stelle des Gemeinschuldners hat natürlich der Gläubiger in solchem Falle den bestreitenden Verwalter oder die bestreitenden Mitgläubiger laden zu lassen und seine früheren Anträge in Gemäßheit der durch die Konkurseröffnung veränderten Rechtslage zu modifiziren; handelt es sich jetzt auch um ein streitig gewordenes Vorrecht, so ist, wenn der Prozeß noch in erster Instanz schwebt, eine Erweiterung des Antrages auch in dieser Richtung mit Rücksicht auf §. 227. der Prozeßordnung zweifellos zulässig; ist dagegen die Sache bereits in eine höhere Instanz gediehen, so wird wegen des Vorrechts eine selbständige Klage im Gerichtsstande des Konkurses anzustellen sein.

Die schon gemeinrechtlich[2]) anerkannte Ausschließung summarischer Prozeßarten, als welche die neue Prozeßordnung nur den Urkunden- und Wechselprozeß kennt, beruht auf der Erwägung, daß in denselben nur eine vorläufige Entscheidung mit Vorbehalt eines späteren Separatverfahrens erfolgt, welche mit der im Konkurse erstrebten definitiven Erledigung aller Schuldverhältnisse sich nicht verträgt. Der Idee des im §. 145. Al. 2. gleichfalls ausgeschlossenen Mahnverfahrens würde die Anwendung auf bereits in einem gerichtlichen Verfahren bestrittene Forderungen widersprechen.

Der Schlußsatz des §. 145. will die Verantwortlichkeit des Verwalters, für den bei den Vertheilungen immer nur die Tabelle maßgebend sein kann, vermindern. Es kann von demselben insbesondere nicht verlangt werden, sich um den Ausgang der nur gegen einzelne Gläubiger geführten Spezialprozesse zu kümmern. Es darf aber überhaupt der Satz aufgestellt werden, daß auch in anderen analogen Fällen die Berichtigung der Tabelle von demjenigen herbeizuführen ist, in dessen Interesse dieselbe liegt. Eine solche Berichtigung ist in allen Fällen unter Vorlegung der zur Begründung dienenden Urkunden bei dem Gericht in Antrag zu bringen, und von den konkreten Umständen hängt es ab, ob dem Antrage sofort oder nach vorgängiger Anhörung der Betheiligten, bezw. nach mündlicher Verhandlung statt zu geben ist.

1) Vergl. v. Bayer S. 96, Fuchs S. 72.

2) Vergl. v. Bayer S. 98, Entsch. des Reichs-Oberhandelsgerichts vom 5. Mai 1871, Entsch. Bd. 2. S. 268.

Die Vorschrift des §. 146. rechtfertigt sich aus der Natur des schon mehrfach erörterten Gemeinschuldverhältnisses. Wenn und insoweit der Kläger ein obsiegliches Urtheil gegen alle diejenigen erlangt hat, welche seine Forderung bestritten haben, so ist damit dieser Widerspruch beseitigt; die Sachlage ist dieselbe geworden, als wäre im Prüfungstermin gar kein Widerspruch erhoben und die Forderung als unstreitig festgestellt. Im umgekehrten Falle scheidet dagegen der Kläger definitiv aus dem Kreise der Theilnahmeberechtigten aus und dies muß allen übrigen Gläubigern zu Gute kommen. Es kann, wenn nur einzelne Gläubiger (ohne den Verwalter) den Streit ausgefochten haben, nicht davon die Rede sein, diese in die Stelle des abgewiesenen Klägers eintreten zu lassen, weil eben jetzt feststeht, daß dieser Nichts zu fordern hatte. War also bei den im Laufe des Prozesses vorgenommenen Vertheilungen ein entsprechender Betrag für die streitige Forderung zurückbehalten (§§. 152. 162.), so verbleibt derselbe nunmehr der allgemeinen Theilungsmasse. Nur darf die Gemeinmasse sich nicht auf Kosten derjenigen bereichern, welche ihr den Vortheil verschafft haben, und soll deshalb diesen bis auf Höhe des erlangten Vortheils die aufgewendeten Prozeßkosten erstatten, selbstredend unbeschadet der etwaigen Ersatzpflicht des besiegten Prozeßgegners. Hatte der Verwalter an der Bestreitung und dem gewonnenen Prozesse Theil genommen, so fällt die Annahme einer nützlichen Verwendung und damit der Grund zu einem Anspruch der als Streitgenossen aufgetretenen Gläubiger auf Erstattung ihrer Prozeßkosten aus der Masse hinweg, während die durch die Prozeßführung des Verwalters entstandenen Kosten immer als Masseschulden (§. 58. Nr. 1.) zu erachten sind.

Der §. 147. tritt einer Vorschrift der Preußischen Kostengesetzgebung entgegen, welche zu den lebhaftesten und begründetsten Klagen Anlaß gegeben hat In den altpreußischen Provinzen wird nämlich der Berechnung des Objekts in den Spezialprozessen in Gemäßheit des Gesetzes vom 15. März 1858 (Art. 1. Nr. 9.) statt der zu erwartenden Dividende lediglich der Nominalwerth der streitigen Forderung zu Grunde gelegt. Obgleich sich zur Zeit nicht übersehen läßt, welchen Einfluß auf den Kostenansatz das künftige Gerichtskostengesetz der Höhe des Objekts einräumen wird, so erschien es doch als ein Gebot der Vorsicht, schon jetzt der Fortdauer eines Rechtszustandes vorzubeugen, welcher in zahlreichen Fällen die Anstellung eines Spezialprozesses faktisch ausschloß. Uebrigens ergänzt der §. 147. gleichzeitig die für die Festsetzung des Streitgegenstandes bezüglich der Zuständigkeitsfrage maßgebenden Vorschriften der Prozeßordnung (§§. 2. ff.), welche den Verhältnissen im Konkurse nicht speziell Rechnung tragen. Die aus dem Grundsatz des §. 147. sich ergebende Ausdehnung der amtsgerichtlichen Kompetenz ist sachlich gerechtfertigt, da das zu erlassende Erkenntniß nur für den Konkurs, also auf

Höhe der Dividende desselben, seine Wirkung äußern soll; indirekt trägt sie in wünschenswerther Weise zur rascheren Abwickelung des Verfahrens bei.

Durch den §. 148. endlich in Verbindung mit dem §. 155. werden die gemeinrechtlichen Grundsätze über die Präklusion in der Eingangs angedeuteten Weise abgeändert. Nachträgliche Anmeldungen werden in Bezug auf ihre Behandlung den rechtzeitig eingegangenen vollständig gleichgestellt. Es bedarf weder eines Entschuldigungsnachweises für die Verspätung, noch einer förmlichen Restitution; nur haben die Nachzügler, wie in zahlreichen Einzelbestimmungen durchgeführt ist, den Konkurs in der Lage zu übernehmen, in welcher er sich befindet, und die Kosten des besonderen Prüfungstermins, d. h. des ganzen nachträglichen Prüfungsverfahrens, einschließlich der öffentlichen Bekanntmachung und der speziellen Benachrichtigungen (§. 113.) zu tragen. Die Frage, innerhalb welcher Frist der besondere Prüfungstermin anzusetzen ist, läßt der Entwurf offen; die Vorschrift des §. 138. ist darauf nicht anwendbar. Das Ermessen des Gerichts wird sich durch das Interesse der Betheiligten leiten lassen, und daher nicht immer sofort für jede einzelne Anmeldung ein Termin zu bestimmen sein, wenn nicht eine Vertheilung oder andere wichtige Verhandlungen nahe bevorstehen. Immer hat das Gericht bei der Terminsbestimmung Sorge zu tragen, daß die Offenlegungsfrist des §. 141. gewahrt werden kann.

Fünfter Titel.
Vertheilungsverfahren.

Pr. K. O. §§. 239—255. 276. ff.

Wenngleich eine gute Akkordgesetzgebung dahin führen kann, daß die meisten Konkurse auf dem Vergleichswege ihre Erledigung finden [1]), so bleibt dies doch eine niemals mit Sicherheit zu erwartende Lösung der durch die Zahlungseinstellung des Gemeinschuldners entstandenen Verwickelungen. Regelmäßig erscheint als das Ziel des Verfahrens die Vertheilung des vorhandenen Vermögens unter die Gläubiger; sie bildet den Schlußstein der ganzen Prozedur, und in ihr muß sich die Güte jeder Konkursordnung erproben. Worauf es hierbei vornehmlich ankommt, darüber hat zu allen Zeiten allgemeines Einverständniß geherrscht. Es ist nie und nirgend verkannt worden, daß dahin gestrebt werden müsse, den Gläubigern so bald wie möglich die vorhandene Masse zur Verfügung zu stellen,

1) Von 7596 Fallissements, welche in Frankreich in der Zeit vom 1. Januar 1817 bis 31. Dezember 1826 definitiv erledigt sind, wurden 4495 durch Konkordat, 2634 durch Vertheilung, die übrigen 467 anderweit beendigt. Rénouard II. p. 117.

ihre Verluste durch eine rasche, einfache und wenig kostspielige Vertheilung einzuschränken und die Nachtheile einer obrigkeitlichen oder gemeinschaftlichen Verwahrung und Verwaltung nicht über das unbedingt nothwendige Zeitmaß hinaus zu verlängern. Daß es in dem gemeinrechtlichen Konkurse so wenig gelang, sich diesem Ziel zu nähern, lag fast noch mehr an den Bestimmungen des materiellen Rechts, als an seiner durch dieses in den wesentlichsten Beziehungen gegebenen Struktur. Der aus dem Uebermaß von Vorrechten sich ergebende labyrinthus creditorum, die unübersehbaren generellen und stillschweigenden Pfandrechte, die übertriebene Rücksichtnahme auf die Gläubiger bedingter oder unbestimmter Forderungen führten fast mit Nothwendigkeit nicht nur zu dem weitläufigen Verifikations- und Klassifikationsverfahren, sondern auch dahin, daß nicht vor der vollständigen Beendigung des letzteren zu einer Vertheilung geschritten werden konnte. Diesem Umstande gegenüber kam der andere Uebelstand, daß man zugleich regelmäßig die Versilberung der ganzen Masse abwarten mußte, thatsächlich weniger in Betracht, da diese einen längeren Zeitraum, als die rechtskräftige Entscheidung über sämmtliche Liquidate selten in Anspruch nahm. Wenn man schließlich noch in konsequenter Durchführung des dem ganzen Verfahren aufgeprägten prozessualen Charakters auch die, selbstredend dem Gericht vorbehaltene Vertheilung durch einen Distributionsbescheid vorbereiten zu müssen glaubte, so trug zwar auch dieser Umstand zur weiteren Verzögerung der Sache bei, war jedoch von geringerer Bedeutung, da jener Bescheid mehr der Form, als dem Wesen nach ein Urtheil, in Wirklichkeit nur ein umfassender Theilungsplan war, welcher der formell zugelassenen Anfechtung durch Rechtsmittel nur wenig Raum bot. Die ausnahmsweise nachgegebenen, vielfach aber noch von einer vorherigen Sicherstellung abhängig gemachten vorläufigen Zahlungen an privilegirte Gläubiger konnten der Natur der Sache nach nur Wenigen zu Gute kommen, und der angebliche Vortheil, daß durch eine nur einmalige Vertheilung auch das ganze Verfahren mit einem Schlage beendigt werde, stand offenbar in keinem Verhältniß zu den augenscheinlichen Nachtheilen dieses Systems.

Die gemeinrechtlichen Kodifikationen und Spezialgesetze vermochten, da sie sich nicht von den Grundprinzipien des alten Konkursrechts emanzipirten, zwar einzelne Verbesserungen herbeizuführen, so durch die Bestimmung, daß die Rechtskraft des Prioritätsurtheils nicht unbedingt abgewartet zu werden brauche (Oldenb. Hyp. und Konk. Ordn. §§. 57. 64., Württemb. Proz. Ordn. Art. 926.[1]), durch

---

1) Umgekehrt bestätigen in dieser Beziehung das gemeine Recht u. a. Hannov. Proz. Ordn. §. 648., Baden Art. 816., Braunschweig §. 330., Nassau V. vom 28. September 1859 §. 96., Lübeck §. 123.

die Erleichterung vorläufiger Zahlungen (Mecklenburg-Schwerinsche V. vom 12. September 1809, Trotsche §. 206.), durch Einführung eines Theilungsplans an Stelle des Distributionsurtheils (Hann. Proz. Ordn. §§. 650. ff., Braunschw. §. 330., Lübeck §. 123.) oder durch Verbindung des letzteren mit dem Prioritätserkenntniß (Württemb. Organis. Ed. §. 172., Proz. Ordn. Art. 932.), durch Uebertragung der Ausführung der Vertheilung von dem Gericht an den Kurator (Oldenburg a. a. O., Baden §§. 825. ff.). Gründliche Abhülfe war ohne vollständigen Bruch mit den Grundlagen des gemeinen Konkursrechts unmöglich.

Eine wesentlich günstigere Position schuf sich die Preußische Konkursordnung. Ihr gestattete die durchgreifende Verminderung der Vorrechte und die Beseitigung der generellen und gesetzlichen Hypotheken nach Aufgebung des Klassifikationsurtheils den Abschnitt von den Vertheilungen mit dem Satze zu eröffnen (§. 239.), daß dieselben nach Ablauf der allgemeinen Anmeldungs- und Prüfungsfristen und nach Einsetzung des definitiven Verwalters stattfinden können, sobald ein hinlänglicher Massebestand vorhanden sei. Das richtige Prinzip, welches in den Ländern des französischen Rechts längst zur Herrschaft gelangt, war damit ausgesprochen; mannigfache Umstände aber haben es verhindert, daß die wohlthätigen Wirkungen desselben vollständig zur Geltung gekommen sind.

Von bereits früher besprochenen Ursachen sind hervorzuheben: die Scheidung der Verwaltung in eine einstweilige und definitive, welche die Herstellung einer theilbaren Masse zu sehr verzögert; die die Regel bildenden doppelten Anmeldefristen; die Schmälerung der Gemeinmasse durch die gleichzeitige, wenn auch nur vorläufige Berücksichtigung der absonderungsberechtigten Gläubiger; die Behandlung der bedingten, unbestimmten oder in dem Anspruch auf fortlaufende Hebungen bestehenden Forderungen (Pr. K. O. §§. 247. 248. 250. 251). Wenn es durch jene formellen Vorschriften über die Konstituirung der Aktiv- und Passivmasse unmöglich wird, mit den Vertheilungen so zeitig zu beginnen, wie das überwiegende Interesse der Gläubiger erheischt, so führen die zuletzt erwähnten materiellen Bestimmungen zur Anlegung zahlreicher Spezialmassen, welche das ganze Verfahren ungebührlich lange in der Schwebe erhalten. Aber auch das Vertheilungsverfahren selbst entspricht nicht den zu stellenden Anforderungen, und dies hat seinen Grund vornehmlich in den Kompetenzbestimmungen und in den Vorschriften über den Theilungsplan. Das Verfahren gestaltet sich nämlich nach der Preußischen Konkursordnung wie folgt:

Nicht der Verwalter oder Verwaltungsrath, sondern der Kommissar entscheidet darüber, ob eine Vertheilung stattfinden soll. Er beauftragt alsdann den Verwalter mit der Entwerfung eines Theilungsplans, wobei nöthigenfalls ein Rech-

nungsverständiger zuzuziehen. In diesem ist zunächst der verfügbare Massebestand unter Berücksichtigung der Kommunkosten und übrigen Masseschulden festzustellen; sodann sind sämmtliche Forderungen der Konkursgläubiger unter Hervorhebung der streitigen einzeln aufzuführen und in ihren Beträgen darzustellen, und demnächst anzugeben, welche Beträge von der zu vertheilenden Masse auf die einzelnen Forderungen fallen (§. 241). Der entworfene Plan wird im Büreau offengelegt und sämmtliche Gläubiger davon mit der Aufforderung benachrichtigt, ihre etwaigen Erinnerungen binnen einer bestimmten Frist anzuzeigen und in einem bestimmten Termine vor dem Kommissar zur Verhandlung darüber, sowie zur Ausführung der Vertheilung zu erscheinen (§. 242). In dem Termin wird über die einzelnen Posten verhandelt (§. 243). Soweit innerhalb der Einwandsfrist keine Erinnerungen gegen den Plan vorgebracht sind, wird derselbe sofort und zwar durch den Kommissar ausgeführt (§. 243.); diejenigen Posten dagegen, bezüglich deren solche Einwendungen vorliegen, werden Mangels Einigung nach vorgängiger Instruktion zum Spezialprozeß verwiesen und für sie, ebenso wie für die streitigen, bedingten, unbestimmten oder im Termin nicht vertretenen Forderungen[1]) Spezialmassen angelegt (§§. 244. ff.). Dieses Verfahren wiederholt sich bei jeder Vertheilung und es ist alsdann in dem Theilungsplan bei jeder Post das Ergebniß der früheren Vertheilungen ersichtlich zu machen.

Wie wenig dieses Verfahren eine rasche Vertheilung begünstigt, leuchtet ein. Die Anfertigung des Theilungsplans ist, wie schon die in der Preußischen Ministerial-Instruktion mitgetheilten Formulare ergeben, eine keineswegs einfache Arbeit. Sie übersteigt bei jedem einigermaßen verwickelten Konkurse die Kräfte eines in solchen Dingen ungeübten Verwalters, und es ist Regel geworden, dieselbe der Gerichtskalkulatur zu übertragen. Auf deren Büreau ruhen die Akten wochen- und monatelang, um es nicht anders als mit einer ansehnlichen Liquidation an Kalkulaturgebühren zu verlassen. Noch störender ist der Uebelstand, daß bei der Anfertigung des Theilungsplans die Zahl der Theilnahmeberechtigten sich nicht übersehen läßt, da nicht nur bis zum Abschluß desselben, sondern bis zum Ablauf der Einwandsfrist neue Konkursgläubiger hinzutreten können (§§. 254. 255). Es kommt nicht selten vor, daß nach Ablauf der Einwandsfrist zu Gunsten solcher Gläubiger der mühsam hergestellte Theilungsplan einer vollständigen Umarbeitung unterzogen werden muß. Dasselbe Resultat erreichen Vindikanten, Separatisten und Massegläubiger sogar noch im Augenblick der Ausführung durch die bloße Anmeldung ihrer vielleicht augenscheinlich unbegründeten Ansprüche, da für deren

1) Für die letzteren gestattet die Novelle vom 12. März 1869 Absendung durch die Post innerhalb des Norddeutschen Postbezirks.

Deckung Kommissar und Verwalter unter allen Umständen bei eigener Verantwortlichkeit zu sorgen haben. Die natürliche Furcht vor Regressen wird in einem solchen Falle den Richter in der Regel veranlassen, einen Theil der zur Auszahlung an die Konkursgläubiger bestimmten Summe zurückzuhalten. Nach alledem kann es nicht Wunder nehmen, daß trotz der wohlmeinenden Absicht des Gesetzes die Vornahme mehrerer Abschlagszahlungen in einem Konkurse die seltene Ausnahme bildet.

Schon bei der Berathung der Preußischen Konkursordnung ist die Frage aufgeworfen worden, ob es denn wirklich noch jetzt und trotz der durch die Tabelle gewährten Uebersichtlichkeit dieses weitläufigen und schwerfälligen Apparats bedürfe[1]). Für die Bejahung desselben vermochte man nur anzuführen, daß bei der Vertheilung selbst sich immerhin mancherlei Streitigkeiten ergeben könnten, welche durch gerichtliche Entscheidung zu erledigen möglich gemacht werden müssen. Hingewiesen ist dabei nur auf diejenigen Gläubiger, welche sich erst später gemeldet, oder ihre bestrittenen Forderungen erst später weiter verfolgt haben. Die Nothwendigkeit einer besonderen Berücksichtigung dieser Gläubiger ist aber nur dadurch herbeigeführt, daß man die von der Preußischen Konkursordnung im Prinzip als unvermeidlich anerkannte thatsächliche Präklusion derselben auf einen zu späten Zeitpunkt verlegt, die im Prinzip verworfene rechtliche Präklusion aber thatsächlich beibehalten hat. Vermeidet man letzteres und giebt man allen Gemeingläubigern ebenso wie den etwa noch unbekannten oder nicht beachteten Massegläubigern und Separatisten in geeigneter Weise Gelegenheit, vor definitiver Beschlußfassung über eine Vertheilung ihr Interesse wahrzunehmen, so ist damit allen billigen Anforderungen genügt. Die Formen, in welchen sie alsdann die ihnen etwa rechtswidrig verweigerte Berücksichtigung bei der Vertheilung zu erwirken haben, giebt die Prozeßordnung an die Hand. Zur Berichtigung etwaiger Schreib- und Rechnungsfehler, für welche es ohnedies eine Zeitgrenze nicht geben kann, bedarf es noch weniger eines besonderen Verfahrens. Solche Fehler werden sich aber erheblich vermindern, wenn man den ganzen Theilungsplan fallen läßt, und hierzu bietet sich ein einfacher Weg dadurch, daß man an die Stelle der Summenvertheilung eine Dividendenvertheilung setzt, d. h. daß man anstatt der disponiblen Theilungsmasse den Gesammtbetrag der theilnahmeberechtigten Forderungen zum bestimmenden Rechnungsfaktor macht und auf diese einen annähernd nach dem Betrage jener Masse zu berechnenden festen Prozentsatz anweist. Eine solche Prozentberechnung ist durchaus mühelos und wird nach Einführung des Dezimal-

1) Kommissionsbericht der Zweiten Kammer S. 113.

Münzsystems sich noch mehr vereinfachen. Es bedarf alsdann nicht mehr eines kalkulatorischen Kunstwerks; jeder Gläubiger ist in der Lage, mit Leichtigkeit nicht nur seine eigene, sondern vermöge der Jedem zugänglichen Tabelle auch die Dividende seiner Mitgläubiger zu ermitteln. Zur allgemeinen Kontrole einer richtigen und gleichmäßigen Vertheilung dient die Rechnungslegung des Verwalters, bezw. die Schlußvertheilung, und nur für die letztere sind einige besondere Bestimmungen erforderlich. In England hat das daselbst längst eingeführte System der Dividendenvertheilungen den lebhaften Gesetzgebungswechsel der letzten Jahrzehnte überdauert; in den Gesetzen von 1849, 1854, 1861 und 1869 hat dasselbe, von einzelnen Modifikationen abgesehen, gleichmäßig seine Stelle behauptet, und es ist dies eines derjenigen Gebiete, auf welchem der praktische Sinn der Engländer sich besonders bewährt hat und zur Nachahmung auffordert.

Wenn es dem Entwurf gelungen ist, durch die materiellen Bestimmungen des ersten Buchs und durch die Vorschriften über die Feststellung der Theilungs- und Schuldenmasse die einer raschen Vertheilung der ersteren entgegenstehenden Hindernisse größtentheils hinwegzuräumen, so glaubt derselbe jetzt auch das Vertheilungsverfahren selbst unter Annahme des Dividendensystems und nach den übrigen vorstehend angedeuteten Gesichtspunkten in befriedigender Weise regeln zu können. Der Entwurf gliedert das Verfahren in Abschlags-, Schluß- und Nachtragsvertheilungen. Die

§§. 149—153.

enthalten die für alle drei Arten geltenden allgemeinen Bestimmungen.

§. 149. bestimmt den Zeitpunkt der Vertheilungen. Nach Abhaltung des allgemeinen Prüfungstermins soll, sobald und so oft hinreichende Masse vorhanden ist, eine Vertheilung an die Gemeingläubiger erfolgen. Nur für die Dauer eines im Prüfungstermin eingeleiteten Akkordverfahrens ist dieselbe durch den §. 151. im Interesse des Gemeinschuldners ausgeschlossen, welches hier eine durchgreifendere Berücksichtigung erfordert, als demselben im §. 133. bezüglich vorzunehmender Veräußerungen eingeräumt ist. Im Prinzip sind also Abschlagsvertheilungen nicht, wie nach der Preußischen Konkursordnung (§§. 239. 253.) blos zugelassen, sondern ausdrücklich vorgeschrieben und zur Regel erhoben[1]). Für die mit der Anordnung der Vertheilung betrauten Organe wird dadurch eine Verpflichtung begründet, durch deren Nichtachtung sie sich verantwortlich machen würden. Einen gewissen Spielraum gewährt denselben jedoch die ihrer Beurtheilung unterliegende Frage, ob eine Masse

---

1) So auch die Oesterr. Konk. Ordn. §§. 168. 185. Vergl. Code art. 559., Ges. von 1838 art. 566.

als hinreichend zur Vornahme einer Vertheilung zu erachten. Das Gesetz kann hierfür eine bestimmte Richtschnur nicht geben. Das Dänische Konkursgesetz (§. 124.) schreibt die Vertheilung vor, sobald und so oft 10 Prozent dazu vorhanden seien. Allein jeder Maximal- oder Minimalsatz ist willkürlich und entspricht in seiner Allgemeinheit nicht den thatsächlichen Verhältnissen. In 186 Konkursen, welche bei dem Stadtgericht in Berlin während der Jahre 1868 und 1869 zur Vertheilung gekommen, sind auf eine Gesammtsumme von 3,679,125,75 Thlr. Forderungen zusammen nur 557,670,70 Thlr., durchschnittlich also 15,13 Prozent vertheilt worden; unter ihnen variiren die Dividenden der einzelnen Massen von 1 Prozent bis 100 Prozent. Die Lage des einzelnen Falles und das Interesse der Gemeingläubiger ist ausschließlich maßgebend. Diesem wird jedoch in der Regel die Vertheilung auch kleiner Dividenden mehr entsprechen, als die längere Aufbewahrung des Massebestandes, soweit nicht dadurch für die Verwaltung und die Empfänger unverhältnißmäßige Mühe und Kosten verursacht werden. Zur Verminderung der letzteren wird die ausgedehnte Benutzung zweckmäßiger Formulare wesentlich beitragen, deren Schaffung der Praxis überlassen werden muß.

Daß nur derjenige Bestand zur Vertheilung an die Gemeingläubiger bestimmt werden darf, welcher nach Befriedigung oder Sicherstellung der bekannten und geltend gemachten Masse-, Rückforderungs- und Separationsansprüche übrig bleibt, ist selbstverständlich, da es vor Berichtigung dieser Ansprüche eine Gemeinmasse überhaupt nicht giebt. Von den Gemeingläubigern sind dagegen auch die bevorrechtigten an den Gang des Verfahrens gebunden; sie haben kein Recht darauf, früher als die übrigen befriedigt zu werden. Nur aus Billigkeitsrücksichten gestattet der §. 150. dem Verwalter, an sie außerhalb des eigentlichen Vertheilungsverfahrens Zahlungen zu leisten, natürlich nur unter der Voraussetzung, daß dadurch die Befriedigung aller anderen gleich oder besser berechtigten Gläubiger nicht gefährlich wird, was sich bei der einfachen Vorrechtsordnung des Entwurfs leicht übersehen läßt. Eine solche Berücksichtigung der privilegirten Gläubiger ist gemeinrechtlich hergebracht und in den meisten neueren Konkursgesetzen ausdrücklich zugelassen; ein durch Klage erzwingbares Recht giebt dieselbe nicht.

Nach den Grundprinzipien des Entwurfs bedarf es keiner besonderen Rechtfertigung, daß die Entscheidung über die Vornahme einer Vertheilung ausschließlich in die Hände der Betheiligten gelegt wird (§. 151). Eine Beschränkung und Bevormundung derselben durch das Gericht dürfte nirgendwo weniger am Platze sein und hat sich da, wo sie besteht, der Sache wenig förderlich gezeigt. Vermöge der positiven Vorschrift des §. 149. bleibt es jedoch dem Gericht unbenommen, in Ausübung seines allgemeinen Aufsichtsrechts (§. 82.) gegen pflicht-

widrige Verzögerungen einer Vertheilung disponibler Bestände durch den Verwalter allenfalls mit Ordnungsstrafen einzuschreiten. Die Initiative bezüglich einer vorzunehmenden Vertheilung gebührt dem Verwalter, da er allein die Sachlage vollständig zu übersehen vermag; auch seiner verantwortlichen Stellung gegenüber den Massegläubigern und Separatisten würde es nicht entsprechen, ihn hier lediglich von dem Willen der Gemeingläubiger abhängig zu machen. Der Gläubigerausschuß soll daher nur durch einen Antrag des Verwalters mit der Sache befaßt werden, alsdann aber, da jetzt nur noch die von ihm zu vertretenden Interessen der Gemeingläubiger in Betracht kommen, selbständig entscheiden, ob eine Vertheilung anzuordnen oder noch hinauszuschieben sei.

Fällt der Beschluß für eine Vertheilung aus, so soll derselbe unter ungefährer Angabe des zu theilenden Massebestandes und der Summe der zu berücksichtigenden Forderungen öffentlich bekannt gemacht werden. Der Zweck dieser Bekanntmachung ist: einen festen Boden für die Ausführung der Vertheilung zu gewinnen. Zugleich wird den mit der Anmeldung oder weiteren Verfolgung ihrer Rechte säumig gewesenen Gläubigern Anlaß gegeben, das Versäumte nachzuholen, insbesondere die schleunige Prüfung nachträglich angemeldeter oder die prozessualische Geltendmachung bestrittener Forderungen, sowie die raschere Erledigung anhängig gemachter Streitigkeiten, vielleicht auf dem Wege des Vergleichs oder Kompromisses, herbeizuführen. Diejenigen Gemeingläubiger, deren Forderungen streitig sind, sollen deshalb durch eine besondere (nach §. 98. jedoch nicht wesentliche) Benachrichtigung des Verwalters speziell aufmerksam gemacht werden. Die ungefähre Angabe der disponiblen Theilungsmasse und der bereits theilnahmeberechtigten Forderungssumme befähigt Jeden zu der Prüfung, ob es für ihn räthlich ist, sich noch die Berücksichtigung bei der bevorstehenden Vertheilung zu sichern.

Die §§. 152. 153. stellen eine gesetzliche Frist von zwei Wochen auf für alle Ansprüche, durch welche eine Vertheilung bedingt wird. Mit dem Ablauf dieses Zeitraums, für welchen der §. 154. den Namen »Ausschlußfrist« einführt, soll sich mit absoluter Sicherheit übersehen lassen, über welchen Bestand zu Gunsten der Gemeingläubiger verfügt werden kann, und wer von den letzteren theilnahmeberechtigt ist. Es ist die wichtige Frage von der thatsächlichen Präklusion, welche durch die §§. 152. 153. entschieden wird.

Daß den säumigen Gemeingläubigern gegenüber eine solche Präklusion schon vor der eigentlichen Ausführung der Vertheilung eintreten muß, um die letztere selbst zu ermöglichen, wird ziemlich allgemein zugegeben; die Wahl des entscheidenden Zeitpunktes ist aber eine verschiedene. Die Preußische Konkursordnung schließt im §. 254. den Kreis der theilnahmeberechtigten Konkursgläubiger mit dem

Ablauf der Einwandsfrist gegen den vorher auszuarbeitenden und offen zu legenden Theilungsplan. Die Oesterreichische Konkursordnung bestimmt, wenn auch in etwas unklarer Fassung, dasselbe für den Fall der Aufstellung eines förmlichen Theilungsplans; bei den unter gewissen Voraussetzungen (§§. 169—173.) zugelassenen formlosen Abschlagsvertheilungen legt sie erst der Ausführung der Vertheilung die Ausschlußwirkung bei (§. 186.) Das französische Fallimentsgesetz (art. 503.) stellt in Beseitigung einer an den art. 513. des Code sich knüpfenden Kontroverse die eine Vertheilung anordnende Ordonnanz des Richter-Kommissars der bereits vollzogenen Vertheilung gleich, ohne für eine vorhergehende Avertirung der Betheiligten irgendwie Sorge zu tragen. Der Entwurf verhindert eine solche Ueberraschung der Betheiligten; zugleich vermeidet er die praktischen Unzuträglichkeiten des preußischen und österreichischen Rechts, sowie den sachlich nicht motivirten inneren Widerspruch des letzteren.

Der §. 152. ergiebt, welchen Anforderungen jeder Gemeingläubiger innerhalb der Ausschlußfrist genügt haben muß, um seine Berücksichtigung bei der angekündigten Vertheilung verlangen zu können. Außer den unstreitigen sollen nur diejenigen Gemeinforderungen berücksichtigt werden, von welchen rechtzeitig nachgewiesen ist, daß sie durch ein vollstreckbares Urtheil festgestellt, oder daß sie von dem Konkursgericht vorläufig zugelassen und zugleich bei dem Prozeßgericht durch Klage oder Fortsetzung der Klage verfolgt sind. Hierdurch sind zunächst alle noch nicht geprüften Forderungen ausgeschlossen. Gegen eine solche, in Preußen (Konk. Ordn. §. 254.) bereits geltende Bestimmung hat man erinnert, daß jede Forderung, sobald sie nur angemeldet sei, berücksichtigt werden müsse und die von dem Gläubiger unabhängige Vornahme der Prüfung auf das Recht desselben keinen Einfluß haben dürfe[1]). Der Vorwurf verliert seine Schärfe dadurch, daß die nachträglichen Liquidanten nicht überhaupt präkludirt werden. Die zeitige Abweisung der Säumigen aber rechtfertigt ihr Verzug und der Anspruch der diligenten Gläubiger, in ihren Bezügen nicht durch eine Konkurrenz, deren Berechtigung sich vorläufig jedem Urtheil entzieht, aufgehalten zu werden. Zudem kann das Gesetz nicht von der Voraussetzung einer pflichtwidrigen Verzögerung der Prüfung durch das Gericht ausgehen. So weit nach der Bekanntmachung einer bevorstehenden Vertheilung die alsdann noch nicht geschehene Prüfung nachträglich angemeldeter Forderungen mit Rücksicht auf die Bestimmungen des Entwurfs überhaupt noch möglich ist (vergl. die §§. 94. 98. 113. 141.), wird kein Gericht dem desfallsigen Antrage eines Gläubigers Hindernisse in den Weg legen. — Für die Zulassung

1) Vergl. S. 64 des Ausschußberichts des Abgeordnetenhauses zu §. 189. des Oesterr. Entwurfs von 1863 und den daraus hervorgegangenen §. 186. der Oesterr. Konk. Ordn.

geprüfter und streitig gebliebener Forderungen erscheint die Vorschrift der Preußischen Konkursordnung (§. 255.), nach welcher der Gläubiger schon durch Anstellung des Spezialprozesses sich die Zulassung sichern kann, nicht ausreichend im Interesse der anerkannten Gläubiger. Hat das Gericht bei der Prüfung einer bestrittenen Forderung die Richtigkeit derselben für so unwahrscheinlich gehalten, daß ihr die vorläufige Zulassung versagt wird, so kann sie bis zur Erlangung dieser Zulassung [1]) eine Berücksichtigung bei den Vertheilungen nicht in Anspruch nehmen. Dies erfordert der nothwendige Schutz gegen die Geltendmachung frivoler Forderungen. Dabei bleibt im Falle der vorläufigen Zulassung das Verlangen gegen den Gläubiger einer bestrittenen Forderung bestehen, daß er das Seinige gethan habe, um dieser provisorischen Entscheidung eine definitive folgen zu lassen. Er darf das Provisorium nicht verewigen und dadurch einen Theil der Masse dem Verkehr entziehen. Deshalb soll er bis zum Ablauf der Ausschlußfrist den Prozeßweg beschritten haben, und zwar, nach Maßgabe der Prozeßordnung, entweder durch Zustellung der Klage oder, wenn bereits Rechtshängigkeit vorlag, durch Ladung des jetzigen Gegners. Daß das Eine oder Andere geschehen, ist dem Verwalter, wenn derselbe nicht selbst Partei ist, durch Vorlegung des Gerichtsvollzieherakts nachzuweisen. Eine Ueberstürzung des klagepflichtigen Gläubigers ist von dieser Bestimmung nicht zu befürchten, da die neue Prozeßordnung in der umfassendsten Weise die nachträgliche Ergänzung und Berichtigung einer vielleicht übereilten Klage gestattet.

Wenn sonach der §. 152. in Ansehung der Gemeingläubiger das in Preußen bestehende Recht nur wenig ergänzt, so ist der §. 153. bestimmt, eine empfindliche Lücke desselben auszufüllen. Er betrifft das Verhältniß der Rückforderungs-, Separations- und Masseansprüche zu den Vertheilungen. Der Möglichkeit, durch die gänzlich unbescheinigte Vorbringung eines derartigen Anspruchs eine zur Ausführung vollständig bereite Vertheilung im letzten Augenblick zu vereiteln, ist bereits gedacht. Verlangen aber bei Beobachtung und zur Herstellung eines geordneten Verfahrens die thatsächlichen Umstände eine rechtliche Fiktion, als sei zu einem gewissen Zeitpunkt eine noch bevorstehende Vertheilung schon geschehen, so erfordert die Konsequenz, die Fiktion auch gegenüber diesen Gläubigern gelten zu lassen. Zwar stehen die genannten Gläubiger außerhalb des Konkurses und haben ihre Ansprüche nicht in den Formen desselben zu verfolgen. Nichtsdestoweniger kann die Thatsache sie nicht unberührt lassen, daß das gesammte Vermögen ihres Schuldners zur Liquidation und Vertheilung gebracht werden soll. Darin liegt

1) Daß diese auch nachträglich gewährt werden kann, ist zum §. 143. bemerkt.

für sie gleichfalls die Nöthigung, sich bei dem Verwalter zu melden, bevor die Vertheilung vollzogen ist oder als vollzogen gilt. Wie sie aber außerhalb des Konkurses durch ein bloßes Prätendiren ihren Schuldner in der freien Disposition über sein Vermögen nicht würden behindern können, so auch jetzt gegenüber dem Verwalter. Verweigert dieser ihnen die Anerkennung, so müssen sie gegen ihn, ebenso wie früher gegen ihren Schuldner selbst, klagen; aus demselben Grunde aber, welcher bei streitig gebliebenen Gemeinforderungen das Erforderniß der vorläufigen Zulassung rechtfertigte, muß für streitige Ansprüche die vollzogene Anlegung eines Arrestes gefordert werden, wenn zu ihren Gunsten die disponible Masse ganz oder theilweise der beabsichtigten Vertheilung entzogen werden soll. Eine durchschlagende causa arresti liegt immer in der drohenden Vertheilung; die außerdem nothwendige Glaubhaftmachung bietet nach den Vorschriften der Prozeßordnung keine Schwierigkeiten. (Vergl. Proz. Ordn. §§. 729. 732. ff. 251.) — Bezüglich der Gemeinkosten endlich ist zu bemerken, daß das Gericht sich immer durch Einforderung von Vorschüssen sicher stellen kann, und daß auch der Verwalter in der Lage ist, sich vor jeder Vertheilung eine angemessene Abschlagszahlung auf sein Honorar bewilligen zu lassen (§. 83). —

Die

§§. 154. 155.

regeln die Abschlagsvertheilungen; der erstere das Verfahren. — Nach Ablauf der Ausschlußfrist kann mit absoluter Sicherheit sowohl der Kreis der theilnahmeberechtigten Gemeingläubiger, als der für dieselben verwendbare Massebestand festgestellt werden. Nach beiden Richtungen hat man es jetzt mit unumstößlichen Faktoren zu thun. Die Festsetzung des zu zahlenden Prozentsatzes ist jetzt nur noch eine der einfachsten Rechnungsoperationen. Bei Abschlagsvertheilungen darf nicht ängstlich darauf Bedacht genommen werden, den ganzen disponiblen Bestand auf Heller und Pfennig zur Vertheilung zu bringen; es eignet sich besser ein annähernd passender Prozentsatz, möglichst in runder Zahl, welcher die rasche Berechnung der Dividende jedes einzelnen Gläubigers gestattet. Wenn aber der §. 154. bei Abschlagsvertheilungen die Festsetzung des Prozentsatzes durch den Gläubigerausschuß vornehmen läßt, sobald die Ausschlußfrist abgelaufen ist, so wird daraus zu entnehmen sein, daß derselbe unter allen Umständen bei eigener Verantwortlichkeit sich auf die Vertheilung des in diesem Augenblick verfügbaren Bestandes zu beschränken hat. Wollte man im Falle einer zufälligen oder absichtlichen Verzögerung der Vertheilung den inzwischen etwa eingetretenen Zuwachs der Masse zur Vertheilung ziehen, so würde man dem Präjudiz der §§. 152. 153. eine ungebührliche Tragweite geben.

Die öffentliche und besondere Bekanntmachung des Prozentsatzes (§. 154. Abs. 2.) soll die berücksichtigten Gläubiger in den Stand setzen, nunmehr über die ihnen gebührenden Dividenden nach Maßgabe der §§. 161. ff. zu verfügen. —

Der §. 155. bringt das System zum Abschluß, welches der Entwurf an die Stelle des gemeinrechtlichen Präklusionsverfahrens setzt. Die formelle und absolute Präklusion soll durch eine nur thatsächliche und relative Ausschließung ersetzt werden, wie sie nothwendig ist, damit die Abwickelung des Konkurses in festen Bahnen fortschreiten kann. Deshalb beschränken sich die §§. 152. 153. darauf, die einmal zur Vertheilung angewiesenen Beträge vor jedem späteren Angriff, die berücksichtigten Gemeingläubiger vor jeder Rückforderung zu sichern, gleichviel von wem dieselbe ausgeht und unter welchem Rechtstitel sie auftritt. Daß die Ausschließung der nicht rechtzeitig und vorschriftsmäßig geltend gemachten Ansprüche sich nur auf die jedesmal zur Vertheilung an die Gemeingläubiger erforderlichen oder bestimmten Summen bezieht, ist im §. 153. ausdrücklich ausgesprochen; für sie ergiebt sich daraus die Nothwendigkeit voller Berichtigung aus der Restmasse, sobald sie den gesetzlichen Bedingungen genügt haben. In Ansehung der vorläufig ausgeschlossenen Gemeingläubiger ist dagegen die Frage offen geblieben, wie sie unter gleicher Voraussetzung bei der Verfügung über die später flüssig werdenden Mittel zu behandeln seien. Die hierbei zunächst möglichen und bei allen neueren Entwürfen erörterten Fälle sind:

1. die unbedingte Präklusion auf Höhe aller früheren Dividenden;

2. die vollständige Nachzahlung aller früheren Dividenden nach Maßgabe der vorhandenen Masse;

3. die ausschließliche Zulassung bei späteren Vertheilungen, jedoch mit der Begünstigung, daß bei ihnen der volle Betrag, bei den schon früher berücksichtigten Forderungen nur der nach Abzug des Empfangenen verbleibende Rest der Dividendenberechnung zu Grunde gelegt wird [1]).

Die aus der Anwendung dieser verschiedenen Grundsätze sich ergebenden verschiedenen Endresultate erhellen auch ohne die dabei üblichen Beispiele. Das erste Prinzip wird allseitig als zu weitgehend und wegen seiner Unanwendbarkeit auf privilegirte Forderungen verworfen. Gegen das zweite führt man an, daß dasselbe nur für die wenigsten Fälle ein wirksames Präjudiz enthalte, da den

---

1) Der in dem Kommissionsbericht der 1. Kammer zum §. 254. der Preuß. Konk. Ordn. (§. 248. des Entwurfs) gesetzte vierte Fall: »Die Zulassung ohne jede Begünstigung und nur dergestalt, daß für die Berechnung der Dividenden die vollen Beträge aller Forderungen ohne Rücksicht auf die bereits stattgefundenen Vertheilungen, in Ansatz kommen« (Kommissionsbericht S. 37), ist in Wirklichkeit mit dem ersten identisch.

säumseligen Gläubiger ein Nachtheil nur dann treffe, wenn zur Zeit seines Eintritts in die Reihe der zu berücksichtigenden Gläubiger nicht mehr so viel Masse vorhanden sei, um ihn wegen der bereits früher gezahlten Dividenden zu befriedigen; ein reeller Nachtheil müsse aber demselben angedroht sein, um ihn zu der im Interesse der ganzen Gläubigerschaft gebotenen prompten Verfolgung seiner Rechte zu nöthigen[1]). Aus diesen Gründen hat man in der Preußischen Konkursordnung (§§. 254. 255.) sich für die dritte Alternative entschieden, und die Oesterreichische Konkursordnung (§. 186.) ist derselben hierin für den Fall, daß die Vertheilung auf Grund eines förmlichen Theilungsplans stattgefunden hat, gefolgt. In der That ist man dadurch auf einem Umwege und mit einer blos quantitativen Beschränkung zu der im Prinzip perhorrescirten gemeinrechtlichen Präklusion zurückgekehrt. Daß aber das aus der Anwendung des zweiten Grundsatzes folgende Präjudiz sich keineswegs so unwirksam erweist, zeigt die Annahme desselben in der überwiegenden Mehrzahl der großen Handelsstaaten. Dasselbe gilt u. a. in Frankreich (Gesetz von 1838 art. 503.)[2]), Holland (H. G. B. Art. 874.), England (Bankr. act. von 1859 s. 43), den Nordamerikanischen Freistaaten (Gesetz vom 2. März 1867 s. 28), in Dänemark (Gesetz vom 25. März 1872 §. 128.); ferner in Oesterreich für die ohne Theilungsplan vorgenommenen Vertheilungen (Konk. Ordn. §. 186. Abs. 4.) und in Belgien (Gesetz vom 18. April 1851 art. 508.) unter der freilich unpraktischen Voraussetzung des Nachweises von Restitutionsgründen. Daß dadurch in diesen Ländern die Nachlässigkeit der Konkursgläubiger befördert worden sei, ist nicht bekannt geworden; bleibt doch für dieselben immer die Gefahr einer vollständigen faktischen Ausschließung bestehen, und diese Gefahr wird am wenigsten unterschätzt werden dürfen, wenn, wie nach dem Entwurf, jede Vertheilung disponibler Bestände sich mit so geringem Zeitaufwande vorbereiten läßt. Für den Entwurf würde aber das angeblich vermittelnde Prinzip der Preußischen Konkursordnung gegenüber der kurz bemessenen, zwischen In- und Ausländern nicht unterscheidenden und eine nachträgliche Verlängerung nicht zulassenden allgemeinen Anmeldungsfrist doppelt hart erscheinen und vielleicht diese geradezu unannehmbar machen. Vom rechtlichen Gesichtspunkte aus können auch, wie schon an anderer Stelle hervorgehoben, diejenigen Gläubiger, welche alle Fristen gewahrt haben, nur fordern, daß ihnen die einmal zugewiesene Dividende nicht wieder entrissen werde; darüber hinaus haben sie keinen Anspruch auf eine Bevorzugung gegenüber dem

1) Vergl. Kommissionsbericht der Ersten Preuß. Kammer a. a. O. und der Zweiten Kammer S. 118 ff.

2) Vergl. die Materialien hierzu und zu dem sich mehr der Preuß. Konk. Ordn. nähernden, aber vielfach bestrittenen und von der Praxis lebhaft bekämpften art. 513. des Code bei Rénouard I. p. 564 ff.

zwar später aufgetretenen, aber im Grunde ihnen vollständig gleichberechtigten Gläubiger. Ein wirklicher Vortheil kann für die letzteren in dem Umstande, daß sie jetzt vielleicht eine größere Dividende auf einmal erhalten, nicht erkannt werden, und wenn es einmal vorkommen möchte, daß durch sie die ganze Restmasse absorbirt würde, so würde den fleißigeren Gläubigern dadurch zwar ein gehoffter Gewinn, nicht aber ein ihnen von Rechtswegen zustehender Vortheil entzogen und in keinem Falle ein Schaden zugefügt, da die von ihnen auf die Herbeischaffung der Masse etwa verwendeten Kosten immer als Gemeinkosten vorweg zu decken sein würden. — Während endlich bei Anwendung des dritten Grundsatzes jede neue Vertheilung eine umständliche Berechnung theils nach den Restbeträgen der alten, theils nach den Nominalbeträgen der neuen Forderungen nothwendig macht, kann bei Annahme des zweiten Grundsatzes durchweg von allen Forderungen und für alle Vertheilungen die Dividende nach dem vollen ursprünglichen Betrage ohne weitere Berechnung gezahlt werden.

Demgemäß giebt der §. 155. den bei einer Abschlagsvertheilung ausgeschlossenen Gemeingläubigern das Recht, aus der disponiblen Restmasse und nach den Kräften derselben nachträglich die Zuweisung der bisher festgesetzten Prozentsätze zu verlangen, sobald auch bei ihnen die Bedingungen der Berücksichtigung (§. 152.) vorliegen und so lange nicht durch den Ablauf der Ausschlußfrist für eine neue Vertheilung der Vollzug dieser für alle zu berücksichtigenden Gemeingläubiger gesichert ist. In dem letzteren Falle würden sie nur gleichberechtigt mit den übrigen Gemeingläubigern bei der vorzunehmenden Vertheilung konkurriren. — In allen zulässigen Fällen soll ferner die nachträgliche Zuweisung früherer Dividenden ausdrücklich verlangt werden; das Gesetz giebt den Berechtigten keinen Anspruch auf Berücksichtigung von Amtswegen. Ob dem Antrage ohne Weiteres stattzugeben, oder eine neue Vertheilung abzuwarten, hängt von den Umständen ab. Wenn die augenblicklich disponible Masse für eine neue allgemeine Vertheilung nicht ausreichen und eine solche nicht füglich abzuwarten sein sollte, zugleich aber die Besorgniß vorliegt, auf die Restmasse nicht präkludirte Masse- rc. Gläubiger (§. 153.) durch Zuweisung der nachträglichen Dividenden zu verkürzen, so wird es nicht unzulässig sein, derselben nach Analogie des §. 151. eine Bekanntmachung vorhergehen zu lassen, um Regresse und Kondiktionen Seitens dieser Gläubiger zu vermeiden. Reicht bei gleichzeitigem Andringen mehrerer nachträglich zu berücksichtigender Gemeingläubiger die vorhandene Restmasse zur vollen Befriedigung Aller nicht aus, so muß eine Vertheilung pro rata, bezw. nach der Rangordnung des Gesetzes eintreten. Bevorrechtigten Forderungen gebührt natürlich nicht nur der den übrigen zugewiesene Prozentsatz, sondern der volle Betrag.

— Zur »Restmasse« im Sinne des §. 154. gehören übrigens auch die aus einer früheren Abschlagsvertheilung etwa zurückfließenden oder frei werdenden Beträge (vergl. §. 160.), da eine Präklusion nur auf Höhe des zur Auszahlung der festgesetzten Prozentsätze erforderlichen Bestandes eingetreten ist, die spätere Erhöhung dieser Prozentsätze daher von Niemanden verlangt werden kann.

§§. 156—160.

Sobald die Verwerthung der realisirbaren Masse beendigt ist, muß ohne Verzug zur Schlußvertheilung geschritten werden. Man braucht hierzu nicht die Erledigung aller Spezialprozesse über streitige Gemeinforderungen abzuwarten, da für letztere unter den Voraussetzungen des §. 152. durch Zurückbehaltung entsprechender Beträge gesorgt wird und der Gemeinschuldner nach bewirkter Liquidation seines Aktivvermögens ein Recht darauf hat, nicht länger durch die Streitigkeiten der Theilungsinteressenten an der Wiederaufnahme seiner freien Erwerbsthätigkeit gehindert zu werden.

Aus der Natur der Schlußvertheilung ergeben sich jedoch gewisse Besonderheiten, welche für sie einzelne Modifikationen des für die Abschlagsvertheilungen vorgeschriebenen Verfahrens nothwendig machen. Da sie unmittelbar zur Beendigung des gemeinschaftlichen Verfahrens führen soll (§. 197.), so involvirt sie eine definitive und nicht wieder zu heilende thatsächliche Präklusion aller bis dahin nicht nach Vorschrift des Gesetzes geltend gemachten Ansprüche und Forderungen gegenüber der Gemeinmasse. Es würde bedenklich sein, eine solche Präklusion lediglich dem Befinden von Interessenten zu überlassen. Die mit der Schlußvertheilung eintretende faktische Unmöglichkeit, vorgekommene Irrthümer und Unregelmäßigkeiten innerhalb des Verfahrens zu redressiren, macht es ferner erforderlich, die Ausführung der früheren Vertheilungen, sowie die ganze Rechnungsführung des Verwalters vorher einer abschließenden Revision zu unterziehen und darnach den Kreis der nach gegenwärtiger Sachlage noch zu berücksichtigenden Forderungen sowohl, wie den Bestand der Restmasse endgültig festzustellen. Endlich ist auf die Eventualität Rücksicht zu nehmen, daß nach Vollziehung der Schlußvertheilung in nicht vorherzusehender Weise sich eine neue Theilungsmasse bildet. Es muß Vorsorge getroffen werden, daß diese ohne eine unzulässige Wiederaufnahme des Verfahrens nach festen Normen unter die Berechtigten distribuirt werden kann.

Auf Grund dieser Erwägungen macht zunächst der §. 156. die Vornahme der Schlußvertheilung von der Genehmigung des Gerichts abhängig, ohne welche daher die Bekanntmachung des von dem Gläubigerausschuß gefaßten Beschlusses mit rechtlicher Wirkung nicht erfolgen kann. Nach Ablauf der Ausschlußfrist aber

gestattet der Entwurf nicht ohne Weiteres, wie in den Fällen des §. 154., die Ausführung der Vertheilung, sondern läßt dieselbe nach Maßgabe der §§. 157. 158. durch die Abnahme der Schlußrechnung des Verwalters (welche den allgemeinen Vorschriften des §. 84. unterliegt), sowie durch eine mit derselben zu verbindende Schlußverhandlung über das von dem Verwalter aufzustellende Verzeichniß der theilnahmeberechtigten Forderungen vorbereiten. Dieses Verzeichniß, in welchem alle von der Ausschließung nicht betroffenen Forderungen in ihren Restbeträgen darzustellen sind, soll für die Schlußvertheilung und die etwaigen Nachtragsvertheilungen (§. 160.) an die Stelle der Tabelle treten und für dieselben eine unumstößliche Grundlage abgeben. Die Verhandlung über dasselbe, sowie die Rechnungsabnahme führt von selbst zu einer Revision der früheren Vertheilungen. Die Ausführung derselben, sowie das Verzeichniß kann von jedem Betheiligten zum Gegenstande von Einwendungen gemacht werden. Ueber solche Einwendungen läßt der Entwurf das Gericht endgültig entscheiden, weil es sich dabei kaum um etwas Anderes, als um thatsächliche Irrthümer handeln wird, und die Entscheidung selbst durch die Tabelle, die vorliegenden Gerichtsakten und die Beläge des Verwalters, bezw. der Interessenten gegeben ist.

Bezüglich der dem Schlußtermin gleichfalls vorbehaltenen Beschlußfassung über die nicht verwerthbaren Vermögensstücke darf auf die Bemerkungen zum §. 134. Nr. 1. verwiesen werden. Es ist hier vornehmlich an die Fälle gedacht, in welchen auch die außerordentlichen, dem Verwalter unter Zustimmung des Gläubigerausschusses gestatteten Formen der Realisirung kein Resultat ergeben haben. Der Schlußtermin bietet namentlich eine geeignete Gelegenheit, über die Uebernahme solcher Vermögensstücke durch einzelne Gläubiger zu verhandeln. Aeußersten Falls sind dieselben der freien Verfügung des Gemeinschuldners zu überlassen.

Zur endlichen Feststellung der Theilungsmasse gehört schließlich die bei allen Auseinandersetzungen nöthige Bestimmung eines Theilungstages, bis zu welchem die Zinsen und Nutzungen der Gemeinmasse zufließen, und der daher für die Abrechnung mit der Hinterlegungsstelle maßgebend ist (§§. 159. 165).

Dagegen bedarf es auch hier nicht der Aufstellung eines Theilungsplans. An Stelle der Festsetzung eines den Gläubigern zu zahlenden Prozentsatzes wird die Theilungssumme bekannt gemacht und dadurch jeder Gläubiger bei Einsicht des auf der Gerichtsschreiberei niedergelegten Verzeichnisses befähigt, sich durch Vergleichung seiner Forderung mit der Gesammtsumme aller berücksichtigten Forderungen seine Schlußdividende zu ermitteln.

In dem zum §. 155. erwähnten Falle einer gänzlichen Erschöpfung der Restmasse durch Nachzahlung von Dividenden ist zwar eine Schlußvertheilung für

den Augenblick gegenstandslos; nichtsdestoweniger werden die Formalitäten derselben, welche sich alsdann füglich als ein Theil der Rechnungslegung auffassen lassen, mit Rücksicht auf die Eventualitäten des §. 160. zu beobachten sein. Am zweckmäßigsten dürfte es jedoch sein, in einem solchen Falle die Nachzahlung selbst nur in den Formen der Schlußvertheilung vorzunehmen. —

§. 160.

Nachtragsvertheilungen werden zwar durch die beschränkte Berücksichtigung ungewisser Beträge, durch die zwanglose Realisirung der Masse und durch die leichtere Ausführung einer Vertheilung von dem Entwurf auf ein geringes Maß zurückgeführt, — lassen sich aber nicht gänzlich vermeiden. Sie können sowohl vor als nach der Beendigung des Verfahrens nothwendig werden. Nach der Schlußvertheilung können Vermögensstücke, welche nach §. 1. des Gesetzes zur Gemeinmasse gehören und daher nach §. 5. der ausschließlichen Vertheilung unter die Gemeingläubiger unterliegen, ermittelt werden, ebenso können die nach §. 162. für noch ungewisse Forderungen zurückzubehaltenden Beträge für die Gemeinmasse frei werden und Beträge, welche an resolutivbedingte Gläubiger oder an Gläubiger auf Grund eines vollstreckbaren, aber noch nicht rechtskräftigen Urtheils gezahlt sind, bei Eintritt der auflösenden Bedingung oder bei endgültiger Aberkennung der Forderung zur Gemeinmasse zurückfließen. Solche Nachtragsvertheilungen betrachtet der Entwurf als Theil und Fortsetzung der Schlußvertheilung. Der Ausschluß der nicht gehörig verfolgten Ansprüche und Gemeinforderungen wirkt auch auf den Gegenstand der Nachtragsvertheilung (§§. 152. 153.); das Verzeichniß der theilnahmeberechtigten Forderungen (§§. 157. 158.) ist auch für sie maßgebend. Es bedarf daher weder eines Beschlusses über die Vornahme derselben, noch sonst eines Verfahrens zu ihrer Ausführung. Nur die nachträgliche Theilungssumme braucht bekannt gemacht zu werden. Die Ausführung geschieht in der für alle Vertheilungen vorgeschriebenen Art (§§. 161—165). — Auch nach Aufhebung des Gemeinschuldverfahrens wird die Aufnahme der Beziehungen zur Hinterlegungsstelle meist ohne Schwierigkeit sein. Der Vertheilung und etwaigen Realisirung hat als Theil und Fortsetzung seiner Funktionen der frühere Verwalter sich zu unterziehen. Die Bewilligung eines nachträglichen Honorars ist nicht ausgeschlossen. Sollte der frühere Verwalter oder dessen Stellvertreter nicht mehr zu haben sein, so müßte das Gericht einen Vertreter ad hoc bestellen (§. 201). —

Durch die

§§. 161—165.

wird die Ausführung der Abschlags-, Schluß- und Nachtragsvertheilungen geregelt. — Es handelt sich hier um einen Akt der Exekutive, der nach Ausscheidung

des Gerichts aus der Administration nur dem Verwalter übertragen werden kann. Dem Gläubigerausschuß ist jedoch eine fortwährende Kontrole durch seine nothwendige Mitwirkung bei der Ausstellung der Anweisungen (§. 136.) gesichert.

Als die erste generelle Ausführungsmaßregel empfiehlt sich die Anlegung eines Dividenden-Konto's bei der Hinterlegungsstelle, auf welches nach Anweisung des Verwalters die jedesmal zur Vertheilung bestimmte Gesammtsumme von dem Haupt-Konto übertragen wird und auf dem die einzelnen demnächst bei der Hinterlegungsstelle erhobenen Beträge in Ausgabe gestellt werden. Eine solche Separation ist zur Erhaltung der Uebersicht über den Stand der Masse und zur Sicherung der berücksichtigten Gläubiger fast unentbehrlich, und nur deshalb nicht ausdrücklich angeordnet, weil sie dem Gebiete der Instruktion angehört und sich jedem geschäftskundigen Verwalter von selbst aufdrängt. Im Einzelnen geschieht sodann die Ausführung der Vertheilungen nach der Regel des §. 136. durch Ertheilung von Anweisungen auf das Dividenden-Konto der Hinterlegungsstelle.

Anweisungen können nicht ertheilt werden für Forderungen, welche noch von einer aufschiebenden Bedingung abhängen. Im letzteren Falle besteht nach §. 69. nur ein Anspruch auf Sicherstellung, welche der §. 162. dadurch gewährt, daß er für sie den auf den sicher zu stellenden Betrag fallenden Prozentsatz vorläufig zurückbehalten läßt. Ein Gleiches gilt für die nach §. 152. zu berücksichtigenden streitigen, noch nicht festgestellten Forderungen. — Diese Prozentsätze bezw. Theilungsbeträge bleiben zu Lasten des Dividenden-Konto's bis entweder auf sie die Anweisung den Gläubigern ertheilt und von diesen erhoben wird, oder bis sie auf das Haupt-Konto zurück übertragen werden; der förmlichen Anlegung von Spezialmassen bedarf es sonach nicht. Forderungen unter auflösender Bedingung sollen zwar nach §. 68. wie unbedingte geltend gemacht werden; dies schließt jedoch nicht aus, daß vor Berichtigung derselben zu Gunsten der übrigen Gemeingläubiger diejenige Sicherheit geleistet werden muß, welche der Gemeinschuldner zu verlangen berechtigt gewesen sein würde. Dies spricht der §. 162. Abs. 2. ausdrücklich aus und überträgt zugleich nach Analogie des §. 69. dem Konkursgericht die endgültige Entscheidung über Art und Umfang der Sicherstellung. So lange diese von dem Gläubiger nicht geleistet wird, muß auch für ihn die Zurückbehaltung der Dividende eintreten. Die weiter gehende Bestimmung der Preußischen Konkursordnung (§. 250[2].), daß (im Interesse der Gesammtheit) jeder unter einer auflösenden Bedingung berechtigte Gläubiger zur Sicherstellung anzuhalten sei, ist als eine das Recht des Gläubigers ohne genügenden Grund verletzende von dem Entwurf nicht adoptirt.

Wenn und soweit die zurückbehaltenen Beträge durch Ausfall der Suspensiv-, oder Eintritt der Resolutivbedingung, oder durch eine dem Kläger ungünstige Entscheidung des Spezialprozesses für die Gemeinmasse frei werden, sind dieselben von dem Dividenden-Konto auf das Haupt-Konto zurück zu übertragen.

Für die Gläubiger von festgestellten, d. h. solchen Gemeinforderungen, welche entweder unstreitig oder durch vorläufig vollstreckbares Urtheil festgestellt sind (§. 92. Abs. 1.), fertigt der Verwalter Anweisungen aus, »auf Sicht« oder auch, bei Schlußvertheilungen, auf den Theilungstag (§. 159.) zahlbar, und bei ihm von den Gläubigern in Empfang zu nehmen. Betreffs ihrer kann und muß von den allgemeinen, anderen Gläubigern gegenüber in Geltung bleibenden Vorschriften über Anweisungen (§. 136.) in zwei Beziehungen abgewichen werden:

1. die Anweisung wird ertheilt, versehen mit der Annahmeerklärung der Hinterlegungsstelle (§. 161.);
2. die Ertheilung dieser Anweisung geschieht an Zahlungsstatt (§. 163).

Beide Sätze stehen mit einander im Kausalnexus.

Für die Gemeingläubiger muß eine allgemeingültige, die Auszahlung durch das Gericht oder aus gerichtlichen Depositorien ersetzende Befriedigungsart festgesetzt werden. Rücksichtlich ihrer dürfen die durch das Handelsgesetzbuch nur in wenigen Punkten gelösten Zweifel und Verschiedenheiten der territorialen Rechte über die Wirkung einer Anweisung[1]) nicht bestehen bleiben.

Der Verwalter läßt in Vorbereitung der Vertheilung, vor der Veröffentlichung des Prozentsatzes oder der Theilungssumme (§§. 154. 159. 160.), die für die Gläubiger der festgestellten Forderungen ausgestellten Anweisungen von der Hinterlegungsstelle annehmen. Diese muß sie annehmen, da der von ihr verwahrte auf Dividenden-Konto übertragene Bestand sie deckt. Die Annahme ist nöthig, zur Sicherung der abzufindenden Gemeingläubiger, um gegenüber der Hinterlegungsstelle dem Verwalter die rechtliche Möglichkeit zu nehmen, die Anweisung zu widerrufen oder über den angewiesenen Betrag anderweit zu verfügen.

Die Gemeingläubiger müssen mit der akzeptirten Anweisung abgefunden werden. Sie dürfen nicht das Recht haben, die Anweisung zurückzuweisen oder später zurückzugeben und die Bezahlung ihrer Gemeinforderung aus der Gemeinmasse oder von dem Gemeinschuldner zu verlangen. Dem Verwalter darf die Verpflichtung nicht zur Last fallen, auf den einzelnen Gläubiger zu achten, ob und wann er die Anweisung bei der Hinterlegungsstelle präsentirt und von ihr eingezogen, ob er die Bedingungen eines Regresses erfüllt habe u. s. w. Andererseits muß

1) Vergl. H. G. B. Art. 300. ff.; Anschütz und Völdernborff, Kommentar Bd. III. S. 143; Thöl, Handelsrecht I. §. 124. Note 8., §. 125.

der Gläubiger von der Pflicht zur Adzitation des Verwalters befreit und in der Zeit und Art der Einziehung gegenüber der Hinterlegungsstelle unabhängig gestellt werden. Sind Urkunden über eine Gemeinforderung vorhanden, namentlich negoziable, — und das wird die Regel bilden —, so darf nicht die Hinterlegungsstelle das Recht, noch weniger aber die Pflicht der Prüfung haben, ob die Urkunde den angewiesenen Gläubiger legitimirt. Die Urkunde und die Anweisung sind getrennt; beide können indossabel sein. Die Prüfung der Urkunde und Legitimation ihres Inhabers muß durch den Verwalter geschehen bei Ertheilung der Anweisung; und bei der Ertheilung, vor der Erhebung, muß der angenommene Betrag der Anweisung auf der Urkunde quittirt und abgeschrieben, bei Vollzahlungen die Urkunde kassirt und zurückbehalten werden (§. 163. Abs. 2. u. 3.); sonst könnte mit Leichtigkeit die Anweisung in die Hand des Einen, die Urkunde in die Hand eines Anderen kommen und doppelt gezahlt werden müssen. Soweit endlich eine Gefahr besteht, daß die Hinterlegungsstelle zahlungsunfähig werden könnte, muß sie von dem Gemeinschuldner und der Gemeinmasse auf die Gemeingläubiger übertragen werden; denn ihre Vertretung — der Gläubigerausschuß — hat ausschließlich die Hinterlegungsstelle gewählt (§. 132). Darum kann ohne Bedenken von dem sonst wohl richtigen Satze[1]): »Anweisung ist nicht Zahlung« hier abgegangen werden. Die Vertheilung der für die Gläubiger bei jener Stelle verwahrten Masse unter dieselben steht nicht auf gleicher Linie mit einem sonstigen Anweisungsgeschäft im gewöhnlichen Rechtsverkehr. Zudem laufen die Gemeingläubiger kaum Gefahr. Die Artikel 300—303. des Handelsgesetzbuchs schützen dieselben vor Weiterungen Seitens der Hinterlegungsstelle; die angewiesenen Beträge liegen baar dort; und daß der Verwalter für die Richtigkeit der Anweisung, und inwieweit er sogar etwa für »Bonität« derselben aufkommen muß, darüber verbleibt es bei den Bestimmungen des Landesrechts.

Da die Ertheilung der Anweisung als Zahlung gilt, so würde eine Prozeßvollmacht nach der Bestimmung des §. 75. der Prozeßordnung den Bevollmächtigten eines Gläubigers zum Empfang der Anweisung nicht ermächtigen. Für einen Prozeß allerdings liegt die Erfüllung des eingeklagten Anspruchs außerhalb des Rechtsstreits, und für ihn eignet sich daher die Beschränkung des gedachten §. 75. Nicht so für das Gemeinschuldverfahren. Dasselbe bezweckt unmittelbar die Befriedigung des Gläubigers, diese ist ein Bestandtheil desselben. Man würde daher allgemein annehmen können, daß in der Vollmacht eines Gläubigers zur

---

1) Nach römischem Recht ist ohnehin streitig, ob Delegation (cessio in solutum) zu vermuthen oder zu beweisen; und nach §. 267. I. 16. A. L. R. würde diese bei Quittirung und Rückgabe der Schuldurkunde als vorhanden gelten.

Vertretung im Gemeinschuldverfahren die Vollmacht zur Empfangnahme der Zahlung enthalten sei. Der Entwurf (§. 164.) zieht diese Konsequenz für die Bevollmächtigung von Rechtsanwälten. Für sie ist die Konsequenz ohne Bedenken und hat sich in der Praxis als ein Bedürfniß herausgestellt. Sie aber allgemein zuzulassen für jede andere Vertretung, möchte thatsächlichen Bedenken unterliegen. Deshalb beläßt der Entwurf für andere Vertreter es bei dem Erforderniß einer Spezialvollmacht; um jedoch sowohl Sicherheit als Erleichterung für den Verkehr zu gewinnen, soll dieselbe von irgend einer öffentlichen Behörde oder mit öffentlichem Glauben versehenen Person beglaubigt sein. —

Die Anordnung des §. 165., daß bis zum Theilungstage die Zinsen der bei Abschlagsvertheilungen zurückbehaltenen oder nicht erhobenen Beträge zur Gemeinmasse fließen, beruht zunächst auf Zweckmäßigkeitsrücksichten; sie will die Rechnungsführung der Hinterlegungsstelle sowohl dem Verwalter als den einzelnen Gläubigern gegenüber vereinfachen und die letzteren anspornen, die Anweisung ohne Verzug zu erheben und einzuziehen. Die Vorschrift ergiebt sich jedoch auch vom Rechtsstandpunkte, da der Konkurs den Zinsenlauf der einzelnen Gemeinforderungen hemmt (§. 65 [1].), und die Gläubiger, welche eine ihnen ertheilte oder zustehende Anweisung nicht benutzen, sich im Annahmeverzuge befinden. —

Schließlich ist ins Auge zu fassen, wie es mit der Aufbewahrung nicht abgehobener Dividenden zu halten? Die Frage erlangt zwar praktische Bedeutung erst mit der Aufhebung des Gemeinschuldverfahrens, mag jedoch, da sie die Vertheilungen betrifft, schon hier Erledigung finden. — Die englische bankruptcy act s. 116 setzt der fortdauernden Aufbewahrung durch die Bank dadurch ein Ziel, daß sie die binnen fünf Jahren nicht abgehobenen Dividenden der Krone verfallen erklärt. Dieses Mittel enthält eine Rechtskränkung des Schuldners und der Gläubiger, ist daher wenig empfehlenswerth. Drei Fälle sind zu unterscheiden.

Zunächst der Fall, daß Beträge für streitige oder bedingte Forderungen nach §. 162. zurückbehalten werden. Anweisungen sind über sie nicht ausgestellt. Aber die Zurückbehaltung der Beträge erstreckt sich über die Aufhebung des Gemeinschuldverfahrens hinaus (§§. 162. 160). An den Gemeinschuldner dürfen die Beträge nicht ausgezahlt werden. Sofern die Hinterlegungsstelle nicht nach dem Landesrecht sich durch Deposition von der weiteren Aufbewahrung befreien kann, dauert diese bis zur Entscheidung der Ungewißheit fort. Treten die Umstände ein, welche den Gläubiger nach §§. 161. 162. zum Empfang einer Anweisung berechtigen, so muß der gewesene Gemeinverwalter die Anweisung oder seine Einwilligung zur Auszahlung an den Gläubiger ertheilen. Tritt der entgegengesetzte Fall ein, so muß die nachträgliche Vertheilung unter die Gemeingläubiger nach Vorschrift

des §. 160. erfolgen. Säumnisse in der Empfangnahme der Anweisung werden hier wie dort durch den dritten Fall gedeckt. Eine besondere Vorschrift für den ersten Fall ist entbehrlich.

Ebensowenig bedarf es einer solchen für den zweiten Fall, daß über Beträge nach §. 161. eine Anweisung ertheilt, letztere aber nicht eingezogen ist. Die Beträge bleiben bei der Hinterlegungsstelle. Diese ist aus der angenommenen Anweisung zur Zahlung verhaftet, der Gemeinschuldner durch Ertheilung der Anweisung befreit (§. 163). Der Gläubiger kann und mag die Anweisung — bis zur Verjährung derselben — präsentiren.

Endlich kann eine Anweisung nach §. 161. ausgestellt und angenommen, jedoch nicht ertheilt, d. h. von dem Gläubiger nicht in Empfang genommen sein. Die Abtretung der Forderung an Zahlungsstatt ist also noch nicht erfolgt. Der Gemeinverwalter bezw. der Gemeinschuldner wäre hier, — sei es allein, sei es im Einverständniß mit der Hinterlegungsstelle, — in der Lage, die Anweisung rückgängig zu machen und über den Betrag derselben zu verfügen. Andererseits hätte der Gläubiger nach §. 161. das Recht, jederzeit die Ertheilung der Anweisung zu verlangen, und in Beachtung dieses Rechts müßte die Aufbewahrung des Betrages schrankenlos fortdauern. Zur Sicherung des Gläubigers sowohl, wie im Interesse des Gemeinschuldners und der Hinterlegungsstelle ist für diesen Fall eine Friststimmung nöthig. Der Entwurf (§. 165. Abs. 2.) bemißt die Frist auf ein Jahr seit Aufhebung des Verfahrens. Bei Aufhebung desselben kann die Anweisung nunmehr ohne Gefahr dem Gemeinschuldner ausgehändigt werden. Die Hinterlegungsstelle darf ihm den Betrag vor Ablauf des Jahres — ohne Einwilligung des Gläubigers — nicht auszahlen. Nach Jahresfrist ist die Auszahlung an den Gemeinschuldner, als den Eigenthümer des Geldes, bei Vernichtung der Anweisung gestattet. Der Gläubiger behält gegen ihn seine bisherige Gemeinforderung. So lange die Anweisung nicht vernichtet ist, bleibt der Gläubiger zum Empfang derselben an Zahlungsstatt berechtigt und verpflichtet.

Die Vorschrift ist praktisch von Wichtigkeit nicht blos, wenn der Empfangsberechtigte mit der Empfangnahme der Anweisung zögert (§. 161.), sondern auch, wenn die Person desselben durch Erbfälle und andere Veränderungen, oder der Aufenthalt derselben unbekannt ist.

Sie muß auch gelten für die Beträge, welche bei einer Vertheilung nach §. 162. zurückbehalten und erst später zur Ausstellung einer Anweisung reif geworden sind (vergl. ersten Fall z. E.). Ist dann die Zulässigkeit, die Anweisung zu ertheilen, erst nach der Aufhebung des Gemeinschuldverfahrens eingetreten, so muß die Jahresfrist von diesem späteren Zeitpunkt beginnen. —

Sechster Titel.

Zwangsvergleich.

Das alten Zeiten entstammte Vorurtheil, das Konkursverfahren als ein Uebel zu betrachten, hat dem Vergleiche im Konkurse die Bedeutung beigelegt, als sei er dazu bestimmt, das schwebende Verfahren baldigst wieder zu beseitigen. Diese Anschauung bedarf sofortiger Klärung. Die Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners und der durch sie eingetretene ungesunde Zustand ist das vorhandene Uebel: zu dessen Beseitigung ist das Verfahren bestimmt, als heilsames Mittel zu dienen. Wie jede Remedur legt es unabweisliche Opfer den Betheiligten auf, je schneller aber und gründlicher es den gesunden Zustand herbeiführt, je mehr es eine dem einzelnen Fall sich anpassende Behandlung zuläßt, desto wohlthätiger wird das Verfahren erscheinen.

Die Zahlungsunfähigkeit hat es unmöglich gemacht, alle Gläubiger voll und sofort zu befriedigen. Ihre gleichmäßige Befriedigung herbeizuführen, muß das Verfahren unumgänglich die allgemeine, dem Stand der Sache entsprechende Befriedigungsquote ermitteln. Der bisher eingeschlagene Weg der Einziehung und Versilberung des gesammten Vermögens des Schuldners, der Auseinandersetzung der einzelnen Gläubiger und der Vertheilung der Masse unter sie erreicht die Aufgabe sicher und ohne Ausnahme. Allein unvollkommen schon an sich, sofern die Vertheilung einigen Gläubigern nicht oder nicht in gleichem Umfang zugänglich ist wie den anderen, sofern erst der schließliche Ausgang des Verfahrens nachweist, was und an wen gezahlt ist, und der ungewissen Zukunft es überläßt, ob zur Tilgung des Restes der Schuldner neue Mittel gewinnen und verwenden wird, darf dieser Weg nicht der einzige sein, in den das Verfahren ausläuft. Im Wege des **Vergleiches** die Quote festzustellen, führt eher und besser zum Ziele. Vorzüglich am Platze ist ein Vergleich, wenn im einzelnen Fall ein erhebliches Vermögensstück nicht oder schwer einbringlich erscheint, oder wenn Zweifel und Streit über das Bestehen oder die Art erhobener Ansprüche die Höhe der Befriedigungsquote ungewiß machen. In allen Fällen aber erfordert die völlige Durchführung des Verfahrens, so sehr es vereinfacht werden mag, den größesten Zeit- und Kostenaufwand; die Verringerung des einen wie des anderen erhöht für die Gläubiger die zu erlangende Quote. Je länger das Verfahren dem Schuldner die Verfügung, je einschneidender es ihm das Vermögen entzieht, desto mehr wird seine Geschäfts- und Erwerbsthätigkeit ge- oder zerstört; giebt ein Vergleich den Schuldner eher und unversehrter der freien Geschäftsthätigkeit zurück, so lassen dem Schuldner

nahestehende Dritte sich bereit finden, für ihn den Gläubigern Opfer zu bringen und gewinnen ohnedies die Gläubiger schon dadurch, daß der Schuldner wieder befähigt wird, durch neue Geschäftsverbindung mit ihnen die Verluste auszugleichen. Und nicht blos die Gläubiger gewinnen. Auch das Gemeinwesen ist interessirt, auf welchem Wege, wie schnell und in welchem Umfang die entstandene Verkehrsstockung, die nie auf die Person des einen Schuldners beschränkt bleibt, oft unabsehbar in weite Kreise eingreift, wieder gehoben wird.

So verlangt der Vergleich, zur Wohlthat für den Schuldner, vornehmlich aber im Interesse der Gläubiger und aus volkswirthschaftlichen Gründen seine Stelle im Konkurse, nicht als Mittel zur Beseitigung, sondern als ein ordnungsmäßiger Ausgang des Verfahrens; und wenn zwar der Weg des Vergleiches nicht wie der der Vertheilung anwendbar ist auf jeden einzelnen Fall, so erscheint er dieser gegenüber, wo er nach Lage des Falles betreten werden kann, als der vortheilhaftere für alle Betheiligte.

Die Vortheile des Vergleiches erkennend, hat die Gesetzgebung die vergleichsweise Erledigung des Konkurses stets zu befördern gesucht; theils hat sie dieselbe, die Einwilligung aller Gläubiger verlangend, der Fürsorge des Gerichts empfohlen, theils aber Zwangsvergleiche zugelassen, die, obwohl nur von einer Mehrheit der Gläubiger angenommen, unter gewissen Voraussetzungen dennoch für alle, auch für die nicht konsentirenden Gläubiger bindend sein sollen.

Schon dem römischen Recht entspringt die Bestimmung, daß wenn die Gläubiger einer verschuldeten Erbschaft auf Zahlung bringen und der deliberirende Erbe ihnen gegen Nachlaß an ihren Forderungen eine vergleichsweise Befriedigung vorschlägt, in welche die Gläubiger nicht einstimmig willigen, die Sache dem Richter vorgelegt werden und wenn dieser nach der Erklärung der Mehrheit den Vergleich billigt, die Minderheit der Entscheidung unterworfen sein soll [1]). Nur für diesen Fall ist die Vorschrift erlassen, und die Theorie nimmt fast unbestritten an, daß sie nicht ausgedehnt werden dürfe auf andere Fälle, denn ein Zwang gegen nicht konsentirende Gläubiger, sich der Erklärung anderer Mitgläubiger unterzuordnen, sei ein unzulässiger Eingriff in wohlerworbene Rechte [2]). Einige Partikulargesetze tragen diesem Bedenken Rechnung. Zuerst für Holstein wurde durch den Kanzleibescheid vom 29. Oktober 1746 verordnet, daß kein Gläubiger gezwungen werden

---

1) l. 7. §. 19. D. de pactis 2. 14.; l. 23. D. quae in fraud. cred. 42. 8.; l. 58. §. 1. D. mand. 17. 1.

2) Schweppe §. 19.; v. Bayer §. 39. S. 106 und die dort Note 2. Angeführten; Günther S. 16. Für die Ausdehnung jedoch Heffter im Arch. f. civil. Praxis Bd. 10. S. 337 ff. u. Fuchs S. 82 ff.

könne, die von dem debitori communi gethanen Vergleichsvorschläge anzunehmen[1]). Desgleichen erkennt die Oldenburgische Hypotheken- und Konkursordnung von 1814 §§. 23. 24. keinerlei Zwang an gegen irgend welchen Gläubiger; ebensowenig die Nassauische Konkursverordnung von 1859 §. 55.; und für Baden bestimmt ausdrücklich die Prozeßordnung von 1864 in §. 712.: Nachlaßverträge binden in Ganten von Nichthandelsleuten nur diejenigen Gläubiger, welche darein willigen. Auf gleichem Standpunkt stehen die Verordnung für Mecklenburg-Schwerin vom 17. Dezember 1834 und für Mecklenburg-Strelitz vom 8. April 1836, die Hannoversche Prozeßordnung von 1850 §§. 609. 610., §§. 626. 627., die Lübeckische Konkursordnung von 1862 §§. 14. 15., §§. 91—95., und die Bayerische Prozeßordnung von 1869 §§. 1316. 1317.; auch sie machen das Zustandekommen eines Vergleiches von der Zustimmung aller erschienenen Gläubiger abhängig, gehen jedoch einen Schritt weiter, indem sie den ausbleibenden Gläubigern das Präjudiz stellen, daß sie dem von den Erschienenen einstimmig angenommenen Vergleich als zustimmend würden angesehen werden. Aber diese, wie jene Partikulargesetze stehen nur vereinzelt da. Ueberall sonst in Deutschland sprechen die Gesetze einem vorschriftsmäßig zu Stande gekommenen Vergleiche verbindliche Kraft zu gegenüber den ausgebliebenen sowohl, wie den dissentirenden Gläubigern, — Akkord, Konkordat. Selbst im gemeinen Recht hat trotz des alle Zeit von der Theorie erhobenen Einspruchs die Praxis jene singuläre Vorschrift zuerst auf entflohene Bankeruttirer (quum item non haberent creditores quem convenirent), dann allgemein auf alle lebenden Gemeinschuldner ausgedehnt[2]); es ist überall geltendes Gewohnheitsrecht, daß die Gläubiger durch einen auf die Summenmehrheit gegründeten richterlichen Ausspruch sowohl zu einer Stundung als zu einem theilweisen Erlaß ihrer Forderungen gezwungen werden können[3]). Die Bedürfnisse des Lebens haben die theoretischen Bedenken überwunden; und diese halten auch juristischer Prüfung nicht Stich. Wo einzelne Personen ihre Rechte selbständig ausüben, gilt allerdings keine Mehrheit der Stimmen. Aber die Gemeingläubiger bleiben nicht einzeln mit ihren Rechten; der Gemeinschuldanspruch Aller bringt sie in eine rechtliche Gemeinschaft, und zwingende Mehrheitsbeschlüsse einer solchen finden selbst im formalen

---

1) Dies ist auch für Schleswig geltendes Recht. Francke, Schleswig-Holsteinscher Civilprozeß Bd. 2. §. 185.

2) Fuchs S. 82 ff.

3) Fuchs a. a. O.; Puchta, Konkurs §. 210.; Seuffert, Archiv Bd. 1. Nr. 150. (O. Trib. Stuttgart), Bd. 11. Nr. 320., Bd. 22. Nr. 195. (O. A. G. Darmstadt), Bd. 17. Nr. 195. (O. A. G. Lübeck); Wolff: »Das Konkursverfahren in Frankfurt a. M.« in Hinschius Zeitschr. f. Gesetzgeb. u. Rechtspflege Bd. 1. S. 185 ff.; Wagner, Gerichtsverfassung in Kurhessen (4. Aufl.) §§. 646. ff, 653. 663.

Recht ihre Geltung. Jedenfalls in dem höheren Werthe materieller Gerechtigkeit. Der gleiche vernünftige Zweck einzelner Schicksalsgenossen ist der sittliche Wille Aller. Ihm sich fügen müssen, beschädigt nicht die persönliche Freiheit; — ihn dem Widerspruch weniger Gläubiger zum Opfer bringen, beschädigt das allgemeine Recht. Oftmals beruht der Widerspruch Einzelner nur auf Eigensinn, Rachsucht oder unlauteren Nebenabsichten. Oft zwar mag er aus reiner Ueberzeugung hervorgehen; wenn dann aber dem Widerspruch Gelegenheit wird, sich geltend zu machen, wenn die Gesetzgebung Garantien giebt für freie Diskussion und erschöpfende Prüfung aller Interessen, so muß sie dem als sittlich und nützlich für Alle erkannten Willen der Mehrheit Anerkennung verschaffen; sie kann es um so mehr, als der Vortheil aus dem Beschlusse den Widersprechenden in gleichem Maße soll zu statten kommen, wie den Zustimmenden, als dieser Vortheil selbst denen zufließen soll, die an dem Verfahren nicht Theil genommen haben, welche daher bei einer Vertheilung der Masse nichts erlangen würden. Gleicher Vortheil, gleicher Zwang. Selbst die Zustimmenden fügen sich, weil die Umstände sie wie jene zwingen; der Vergleich fixirt nur das Maß der Befriedigung, auf welches die Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners das Recht der Befriedigung reduzirt hat.

Der Zwangsvergleich ist gerechtfertigt und ist nicht zu entbehren. Freilich muß die richtige Gestaltung desselben nach Inhalt und Gegenstand gesucht werden. In beiden Beziehungen weist das geltende Recht die verschiedensten Bildungen auf; hier bedeutet »Akkord« oft Entgegengesetztes als dort.

Der Akkord der Hamburger Falliten-Ordnung ist auch ein Zwangsvergleich, sogar in zweifacher Hinsicht, — einmal, sofern alle Gläubiger den Vergleich annehmen müssen, wenn er ihnen eine bestimmte Höhe der Befriedigungsquote bietet, und andernfalls, sofern dem von einer Majorität der Gläubiger angenommenen Vergleiche die Minorität sich unterwerfen muß. Seinem Wesen nach ist aber dieser Akkord nichts anderes als eine Vertheilung der Masse nach gewissen, vom Gesetz arbitrirten Proportionen. Weil die generellen und speziellen Konventional- und Legal-Hypotheken, die mannigfachen Vorrechte, das Prinzip der Präklusion im Konkurse und andere Umstände das eigentliche Konkursverfahren der Hamburger Falliten-Ordnung zu einem Knäuel machen, aus dem sich kaum entwirren lassen würde, welche Summen die einzelnen, verschieden berechtigten Gläubiger erhalten würden, zerhaut das Gesetz dieses Knäuel glücklich durch die Bestimmung, daß bei akkordmäßiger Befriedigung auf die älteren Hypotheken (Klasse I.) zweimal soviel und auf die jüngeren Hypotheken nebst den mit einem privilegium exigendi versehenen Forderungen (Klasse II.) anderthalbmal

so viel gezahlt werden solle, als auf die Chirographar-Forderungen (Klasse III.)[1]. Eine Vertheilung der Masse nach gesetzlicher Proportion hat für den Entwurf, der die Gläubiger aller drei Klassen unterschiedslos zu den nicht bevorrechtigten Gemeingläubigern rechnet, keinen Sinn.

Ein Vergleich zwischen den Gläubigern als dem einen und dem Gemeinschuldner als dem anderen kontrahirenden Theile ist dem Hamburger Verfahren fremd. Ausnahmsweise ist ähnlich einem solchen durch den Additionalartikel 3 vom 24. April 1772 zugelassen, daß die Fallitsache vergleichsweise abgemacht werden kann dadurch, daß für den Falliten ein Dritter eintritt, der zu den akkordmäßig den Gläubigern gebührenden Quoten (mit 10 pCt. Zuschlag) die ganze Aktiv- und Passivmasse übernimmt[2]. Auch die Preußische Allgemeine Gerichtsordnung (I. 50. §§. 589. 590.; I. 49. §§. 5. 6.) knüpfte die Zulässigkeit eines Vergleichs an den Eintritt eines Dritten als Paziszenten für den Gemeinschuldner. Abgesehen von den Unzuträglichkeiten der einzelnen Bestimmungen, namentlich des Hamburger Gesetzes, beruhen diese und ähnliche Gesetze auf falscher Grundlage. Ihrer Beschränkung des Vergleichs auf den Abschluß mit einem Dritten liegt die Anschauung zum Grunde, daß der Gemeinschuldner für seine Person keinen größeren Vortheil bieten könne, als die Gläubiger ohnehin besitzen und im Konkurse verfolgen, daß also von einer anderen Person mehr geboten werden müsse, um die Gläubiger zur Einlassung auf einen Vergleich zu zwingen. Man übersieht, daß es ohne Bedeutung ist, woher der Gemeinschuldner die größeren Vortheile, welche er den Gläubigern bietet, nimmt, daß auch gleichgültig ist, ob hinter ihm ein Dritter steht, der nicht unmittelbar als Kontrahent auftreten will, daß es denselben Effekt hat, ob ein Dritter als Paziszent oder als Bürge eintritt, vornehmlich aber, daß mit oder ohne Dazwischenkunft eines Dritten es den Gläubigern zu überlassen ist, ob sie einen Vergleich mit dem Schuldner dem Fortgang des Konkurses vorziehen wollen. Der Gemeinschuldner ist die den Gläubigern gegenüberstehende Partei; von seinen Vergleichsvorschlägen wird man auszugehen haben.

Den Gegenstand des Akkordes ferner bildet in Hamburg nur das gegenwärtige Vermögen des Falliten, nur die Gemeinmasse. Es ist eine der wichtigsten Vorfragen, ob hierauf der Gegenstand des Vergleichs beschränkt werden, oder ob er auch das zukünftige Vermögen des Gemeinschuldners umfassen soll? Unabhängig von dem Abschluß eines Akkordes regelt das Hamburger Recht die Nachhaftung des Falliten; er wird von den Konkursschulden frei, sobald im Konkurse

1) Das Nähere vergl. Anlageband S. 60.
2) Das Nähere vergl. Anlageband S. 62.

die Hypothekarien 80 bez. 60 und die Buchgläubiger 40 Prozent erhalten haben; er bleibt bis zu diesen Prozentsätzen mit seinem künftigen Vermögen verhaftet, auch wenn mit einem Dritten zu geringeren Sätzen akkordirt ist. Dem Letzteren ähnlich begrenzt das sächsische Recht durch §. 17 Nr. 5 des Banqueroutiermandats vom 20. Dezember 1766 die Wirkung des Akkordes dahin, daß die konsentirenden wie die dissentirenden Gläubiger das Erlassene nachfordern können, wenn der Gemeinschuldner später in bessere Umstände gelangt. Auch in England geht neben dem Akkorde das Institut der Entlastung einher; die Entlastung tritt, wiewohl nach Art des Akkordes ebenfalls auf Beschluß der Gläubiger und nach richterlicher Prüfung, auch ohne Akkord ein[1]). Es liegt aber auf der Hand, wie sehr die Bedeutung des Akkordes sich steigert, wenn mit ihm die Entlastung des Gemeinschuldners untrennbar zusammenfällt. Ein Erlaß muß gelten für alle Zeiten; bewilligen die Gläubiger in dem Akkorde vorbehaltlos dem Gemeinschuldner einen Nachlaß an ihren Forderungen, so darf das Gesetz die Nachzahlung nicht vorschreiben, und umgekehrt darf das Gesetz den Schuldner nicht von der Nachhaftung befreien, wo die Gläubiger nicht durch Vergleich in einen Nachlaß gewilligt. Dies ist auch gemeinen Rechtens; das Prinzip wird aber geschwächt durch die Wirkung der cessio bonorum, in Folge deren auch ohne Akkord der Kridar das beneficium competentiae aus seinem künftigen Erwerbe genießt. Diese Wirkung beeinträchtigt die Kraft und Freiheit des Akkordes. Wenn schon ohnehin die spätere Verhaftung des Gemeinschuldners eine geringere ist, so gewinnt er nicht viel durch Bewilligung eines Akkordes und wird weniger aufwenden, solchen zu erzielen; und wenn sein gegenwärtiges Vermögen anderem Maße der Verhaftung unterliegt, als das zukünftige, so würde, schon um später den Zweifel, ob irgend ein Stück zu diesem oder jenem gehört, zu verhüten, die Freigabe des gegenwärtigen Vermögens an den Schuldner unthunlich und eine Vertheilung der Gemeinmasse geboten erscheinen. — Dieser Umstand führt zur Bremer Gesetzgebung. Sie gestaltet den Akkord zwischen dem Schuldner und den Gläubigern zu einer vergleichsweisen Abfindung derselben durch Vertheilung der Gemeinmasse unter sie gegen Freigabe des zukünftigen Erwerbs an jenen.

Das Moratorial- und Akkordverfahren der Bremer Debitverordnung[2]) steht sonach in der Mitte zwischen dem Hamburger und dem modernen Akkorde. Obwohl einzig in seiner Art und ohne von einer späteren Gesetzgebung Nachahmung gefunden zu haben, verlangt es aufmerksame Beachtung, nicht blos, weil

---

1) Vergl. Anlageband S. 109, 110.
2) Vergl. Anlageband S. 64 ff.

es vor wie nach in seinem Geltungsgebiet sich steten Beifalls erfreut[1]), sondern weil die entgegengesetzten Prinzipien desselben den Kampf, der seit einem Jahrzehnt für und wider den Akkord der Preußischen Konkursordnung lebhaft geführt wird, bewußt und unbewußt, nährend und verwirrend durchdringen[2]).

Zwei Grundsätze sind es vornehmlich, welche das Wesen berühren:

1) Die Gemeinmasse wird regelmäßig versilbert, — dazu dient das Moratorium, — die realisirte Masse durch die Deputirten zur Erfüllung des Akkordes verwendet (§. 156.), und das Verfahren in der Regel erst nach Erfüllung des Akkordes aufgehoben (§§. 232—234). Man preist dies als Vorzug und hält es für geboten; es folge, so sagt man[3]), »aus dem Zweck des Fallitverfahrens als eines auf die Befriedigung der Gläubiger des insolventen Schuldners hinzielenden gerichtlichen Verfahrens.« Daß die Folgenothwendigkeit bezweifelt werden muß, ergiebt die Eingangs geschehene Entwickelung des Vergleichs- und des Vertheilungs-Verfahrens als zweier selbständiger Auswege des Gemeinschuldverfahrens. Nur der vorzugsweise Werth kann legislatorisch in Frage kommen. Die Regelung der materiellen Gemeinschuldverhältnisse, namentlich der Absonderungs- und Vorrechte, ist dem Akkord- und dem Vertheilungs-Verfahren gemeinsam; beiden legt zu ihrer Vorbereitung der Entwurf die Feststellung der Aktiv- und Passivmasse in gleicher Weise zum Grunde; wozu nun neben dem Vertheilungs- ein besonderes Akkord-Verfahren, wenn auch in diesem die Masse durch den Gemeinverwalter versilbert und unter die Gläubiger zur Erfüllung des Akkordes vertheilt werden muß? Inhalt und Zweck eines solchen Akkordes läge dann vorwiegend in der Nachhaftung des Schuldners mit seinem künftigen Erwerb[4]), und selbst darin gewährt ihm die Bremer Debitverordnung nur relative Bedeutung (vergl. unten 2). In Ansehung der gegenwärtigen Masse, der Hauptsache, scheint solcher Akkord von problematischem Werthe. Allerdings muß das Gesetz es ermöglichen, daß vor dem Abschluß und zur Erfüllung desselben die Gemeinmasse verwerthet werden kann; die Preußische Konkursordnung, welche für den Hauptfall, nämlich für den Fall ein kaufmännischer Gemeinschuldner im ersten Prüfungstermin das Akkordverfahren beantragt, den Eintritt der definitiven Verwaltung und damit die Verwerthung der

---

1) »Das Bremische Moratorial- und Akkordverfahren verglichen mit dem Akkordverfahren der Preußischen Konkursordnung«, eine Denkschrift 2c. verfaßt im Auftrage der Handelskammer in Bremen. Bremen 1871.

2) Vergl. namentlich Th. Lesse, der Akkord in der Konkursordnung des Norddeutschen Bundes, Berlin 1867.

3) Denkschrift S. 15 ff., S. 25 ff.

4) Denselben Zweck verfolgt der zu art. 541. des Französischen Fall. Ges. durch das Gesetz vom 17. Juli 1856 eingefügte concordat par abandon d'actif.

Masse ausschließt, geht in entgegengesetzter Richtung zu weit. Das Gesetz muß der Lage des einzelnen Falles Freiheit gewähren. Aber schon deshalb darf die Realisirung der Masse im Akkordverfahren weder nothwendig, noch gesetzlich die Regel sein. Die Veräußerung der Massestücke, welche unter dem Druck des Konkurszustandes und durch den Gemeinverwalter erfolgt, bringt niemals denjenigen Erlös, welchen der Gemeinschuldner bei ungestörter Beachtung der Konjunktur erreichen wird, und gerade die Realisirung der Masse ist es, welche den längeren Zeitverlust und den größeren Kostenaufwand des Vertheilungsverfahrens verursacht. Der Akkord soll den Schuldner befähigen und anspornen, die größtmögliche Befriedigungsquote zu zahlen, es den Gläubigern erleichtern, die Geschäftsverbindung mit ihm aufzunehmen. Dazu ist nicht genug, den Schuldner auf den Beginn eines neuen Geschäfts zu verweisen; das laufende Geschäft und vorhandene Besitzthum muß ihm erhalten werden. Das ist vornehmlich die Rücksicht, welche Verwandte und Freunde bestimmen, für den Schuldner Opfer zu bringen. Und so, wenn die Waaren und Werthe den natürlichen Kanälen des Verkehrs zugeführt, wenn sie vor Verschleuderung, und die Fäden des Geschäftsbetriebes vor Zerstörung bewahrt bleiben, erfüllt der Akkord seine wirthschaftliche Aufgabe. Darum muß der Akkord dem Wesen nach bestehen in einem Vergleich über Aufhebung der Vermögensbeschlagnahme, über eine Befriedigung der Gläubiger durch den Schuldner gegen Freigabe seines gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens. Daß der Vergleich erfüllt werde, mögen die Gläubiger sich vorsehen; der Inhalt des Vergleichs mag durch Verpfändung und Bürgschaft oder in anderer Weise dafür sorgen: durch Einbehaltung oder sichere Verwaltung einzelner Gegenstände, durch Beaufsichtigung des Schuldners in dem Betriebe seines Geschäfts oder der Erfüllung des Vergleichs, auch durch Abtretung bestimmter Vermögensstücke an die Gläubiger an Zahlungsstatt, behufs eigener Liquidation und Vertheilung, u. s. w.; das Verfahren darf gesetzlich die Erfüllung nicht umfassen, daher auch nicht erst nach geschehener Erfüllung aufgehoben werden.

2) Sodann wird der Bremer Debitverordnung die Wirkung nachgerühmt, welche sie dem Akkord gewährt[1]). Gegen diejenigen Gläubiger, welche den Akkord angenommen haben, wirkt der Akkord zwar nach seinem Inhalt, §. 188., von dem nachgelassenen Ausfall also wird der Fallit befreit. Ohne Akkord aber würde er gegen sie in den ersten drei Jahren das beneficium competentiae genießen, §§. 245. 246.; — dies ist oben beleuchtet. Und sofern der Akkord nicht erfüllt wird, verliert die Bewilligung des Nachlasses ihre Wirkung, §§. 192. 193. 249. c.;

1) Denkschrift S. 26 ff.; Bremer Handelsblatt 1864 S. 66; Lesse S. 8, 11, 20, 23; Dr. A. Meyer, Bericht über das Konkursverfahren, erstattet dem bleibenden Ausschuß des Deutschen Handelstages. B. 1868, S. 9, 11; Dr. Kompe, Gutachten zum sechsten Deutschen Juristentage, Verh. Bd. 1. S. 170 ff.

— darauf wird unten einzugehen sein. Entscheidend und vorweg zu beurtheilen ist die Zwangswirkung des Bremer Akkordes gegen diejenigen Gläubiger, welche ihn nicht angenommen haben. Sie brauchen dem Erlaß sich nicht zu fügen; der Erlaß wirkt gegen sie als Zwangsstundung. Vielleicht ist diese Vorschrift ein Rest der früher beliebten Generalstundungs-Theorie. Man ist längst von dem Segen einer solchen zurückgekommen. Außerhalb wie innerhalb des Konkurses wird das Uebel einer Zahlungsunfähigkeit schneller und gründlicher geheilt, wenn ein den Verhältnissen entsprechender Theil der Verbindlichkeiten erlassen und der Rest sobald wie möglich getilgt wird, als wenn dieselben in vollem Maße bestehen bleiben und ihre Erfüllung auf lange Zeit hinausgeschoben wird. Darum sind die Quinquenellen verschwunden, und darum wird die Zulässigkeit der gemeinrechtlichen Zwangsstundungs-Verträge nach der Eröffnung des Konkurses mit Recht bestritten. Noch fehlerhafter als eine generelle Zwangsstundung erscheint eine partielle gegen gewisse Gläubiger. Man will sie rechtfertigen dadurch, daß der Zwang gegen die dissentirenden Gläubiger milder sein müsse[1]). Schon das ist fraglich, ob Stundung gegen sie milderer Zwang ist. Nicht den Titel eines Rechts haben, ist das Wesentliche, sondern das Recht ausüben können. Erlaß und Stundung lassen sich überhaupt nicht absolut vergleichen. Es wäre gewiß ungerecht, einem jeden Erlaß ein und dieselbe Stundungsfrist gesetzlich zu substituiren[2]); oder darf die Frist sich gleich bleiben, mögen nur 25, oder mögen 50 oder gar 75 Prozent erlassen worden sein, und gleichviel, ob der Rest sofort und auf einmal oder in mehreren Raten und Jahren gezahlt werden soll? Solcher Ungerechtigkeit zu entgehen, stellt die Debitverordnung eine Proportion auf; die Gläubiger sollen ihre Forderungen, wenn der Akkord mindestens 75 Prozent bietet, nicht vor Ablauf von zehn Jahren, wenn mindestens 50 Prozent, nicht vor Ablauf von fünf Jahren, wenn 30 Prozent oder mehr, nicht vor drei Jahren, und wenn er unter 30 Prozent bietet, in den ersten drei Jahren nach Aufhebung des Verfahrens nur insofern geltend machen können, als sie die bessere Vermögenslage des Schuldners nachweisen, §§. 245. 248. Je geringer der Nachlaß, desto größer die Stundungsfrist, damit der Schuldner desto höhere Prozente biete[3]). Ob es nicht gerechter wäre, dem größeren Nachlaß, dem die Dissentirenden sich widersetzen, die längere Stundung, dem geringeren Nachlaß die geringere Stundung gegenüberzustellen, die Proportion also gerade umzukehren, mag dahingestellt bleiben[4]). Jede Pro-

1) Denkschrift S. 26ff., 28.

2) Denkschrift S. 33.

3) Denkschrift S. 7, 28.

4) So werden nach Art. 9. der alten Hamburger Falliten-Ordnung von 1647 bei einem fünfjährigen Generalindult die Dissentirenden mit Zahlung von 75 Prozent, d. h. mit 5 Prozent Interusurium für jedes Stundungsjahr, abgefunden.

portion ist willkürlich. Die Härte gegen die Dissentirenden mildert die Bremer Verordnung zwar durch eine dreimonatliche Beitrittsfrist, während welcher die Akkordgelder deponirt bleiben sollen, §. 186. Dadurch wird aber die Ungerechtigkeit, welche die verschiedene Behandlung der dissentirenden gegenüber den konsentirenden Gläubigern enthält, nicht gehoben, vielmehr verschärft. Der Dissens erfolgt auf Kosten der letzteren, die Milde zu Gunsten jener verstößt gegen den Kardinalsatz eines Mehrheitsvergleichs, daß nur mit gleichem Maße für Alle gemessen, daß der Eine nicht vor dem Anderen begünstigt werden darf. Es genügt keineswegs, daß die gleiche Offerte Allen gemacht wird[1]. Der verschiedene Erfolg, der Zustimmung für den Einen, der Ablehnung für den Anderen, macht die Offerte zu einer verschiedenen. Noch schlimmer, daß die Verschiedenheit den Umfang des vom Schuldner zu Leistenden ungewiß macht. Läßt sich nicht vorher übersehen, wie groß die Minderzahl sein wird, die dem Akkord nicht zustimmt, welche Summen daher der Schuldner im ganzen und zu welchen Raten und Fristen er sie zu zahlen hat, so fehlt jeder Maßstab für den Schuldner, welches Angebot er machen soll, für die Gläubiger, welches Angebot ihrem gemeinsamen Interesse entspricht. Und ist trotzdem der Akkord mit Mühe zu Stande gebracht, so droht nichts so sehr, das gewonnene Resultat wieder zu vereiteln, den Schuldner an der Erfüllung seines Versprechens und am Emporkommen zu hindern, und die Mehrzahl der Gläubiger zu schädigen, als wenn in fortdauernder Ungewißheit der Schuldner den Ansprüchen derer ausgesetzt bleibt, die noch beitretend oder ablehnend sich verhalten können. Gerade deshalb erscheint die dreimonatliche Nachfrist nicht als Ausgleichung[2], sondern als verschärfendes Uebel. Sie reizt überdies, wie überhaupt die Position der Dissentirenden, zu unaufhörlichen Sonderverhandlungen, um diese zum Beitritt zu gewinnen.

Es muß konstatirt werden, daß gerade der Handelsstand in seinen Hauptorganen sich gegen Einführung der Zwangsstundung verwahrt hat[3].

Fast überall verlangt man von dem Akkorde eine umfassende und dauernde Beseitigung aller Gemeinschuldverhältnisse, für die Gegenwart und die Zukunft, für und gegen die sämmtlichen Gläubiger.

---

1) Denkschrift S. 34.

2) Denkschrift S. 34 a. E.

3) Beschluß des vierten Deutschen Handelstages vom 2. Oktober 1868 und Bericht des bleibenden Ausschusses. Verhandlungen S. 66, 68. — Die Preußische Hauptbank bezeichnet es »als den größten Rückschritt in der Rechtsentwickelung, wenn die Reichsgesetzgebung sich entschlösse, in Annäherung an das vielfach empfohlene Bremische Muster zu dem in Preußen gerade für Handelsforderungen völlig verworfenen Prinzip des Moratoriums zurückzukehren.« Aehnlich sprechen sich Berichte der Handelskammern aus Sachsen, Württemberg, den Rheinlanden, Hamburg, Lübeck, Frankfurt a. M. u. s. w. aus.

Je umfassender aber und dauernder das gewonnene Resultat sein muß, desto mehr sind Garantieen geboten, zum Schutz der Gläubiger gegen das Zustandekommen leichtfertiger und schädlicher Akkorde. Als eine solche Garantie stellen manche Gesetzgebungen den Kollusionseid auf. In Frankfurt a. M.[1]) müssen der Schuldner und alle konsentirenden Gläubiger denselben leisten; nach Kap. 7. §. 8. des Anhangs zur Prozeßnovelle für die Anhaltischen Herzogthümer[2]) der Schuldner und auf Verlangen jeder zustimmende Gläubiger; nach der Altenburg'schen Prozeßordnung von 1744 und der Gothaischen von 1776 (pars I. cap. 37. §. II. resp. art. II. §. 7.) blos der Gemeinschuldner; der gedachte Hamburger Additionalartikel vom 24. April 1772 legt ihn dem Falliten und dem Dritten auf. Die Auferlegung eines besonderen Kollusionseides erscheint jedoch nutzlos und bedenklich, der Gemeinschuldner muß den Manifestationseid leisten, Kollusionen werden durch andere Beweismittel richtiger erforscht, als durch allgemeine Eidesversicherungen. — Eine andere Garantie glaubt das Sächsische Banqueroutiermandat von 1766 in der Vorschrift zu finden, daß der Akkord den Gläubigern mindestens 50 pCt. bieten müsse; und noch heutzutage ist von anderer Seite die Aufstellung eines Minimalsatzes (von 33⅓ pCt.) verlangt worden[3]). Ein Satz von 50 und auch von 33⅓ pCt. überschreitet den erfahrungsmäßig bei Akkorden im Konkurse erzielten Durchschnittssatz erheblich; derselbe möchte wohl schwerlich mehr als 20 pCt. betragen. Es läßt sich aber überhaupt eine absolute Grenze für alle Akkorde nicht setzen, so wenig wie es eine absolute Grenze giebt für die Unterbilanzen. Die Höhe der Akkordsumme richtet sich nach der Lage der einzelnen Sache und unterliegt für die Regel ausschließlich der Vereinbarung zwischen dem Schuldner und seinen Gläubigern; nur ausnahmsweise wird in einer allzu niedrigen Höhe ein Mißbrauch und eine Gefahr für den allgemeinen Kredit erblickt werden können; dagegen bedarf es einer anderen Garantie.

Selbstverständlich hat zunächst die Gesetzgebung dafür Vorsorge zu treffen, daß der Vergleich auf sicherer Grundlage, unter Einhaltung bestimmter, die Gläubiger schützenden Formen, mit einem die Interessen Aller gleichmäßig beachtenden Inhalt offen und lauter abgeschlossen werde. Damit aber kann die Aufgabe der Gesetzgebung nicht erfüllt erscheinen. Soll der Vergleich verbindlich sein gegen alle Gläubiger, auch gegen solche, die ihn nicht angenommen haben, so wird man mit dem von einer gewissen Majorität selbst gerichtlich erfolgten Abschluß des

---

1) Wolff a. a. O.
2) Anlageband S. 40.
3) Von den Aeltesten der Danziger Kaufmannschaft.

Vergleichs, — wie dies im Königreich Sachsen[1]) und Herzogthum Braunschweig[2]) bisheriges Recht ist — sich nicht begnügen dürfen. Wirksamkeit darf der Vergleich erst durch die gerichtliche Prüfung und Bestätigung erlangen. Hier, wo es sich um Feststellung ungewisser Rechtsverhältnisse für alle Betheiligte, für bekannte und unbekannte Parteien, für Zustimmende und Widersprechende handelt, ist recht eigentlich das Feld richterlichen Urtheilsspruchs. Ohne richterliche Entscheidung nur durch den Willen gleichberechtigter Anderer die nicht zustimmenden und widersprechenden Gläubiger zur Aufgabe ihrer Rechte zu zwingen, würde allerdings ein unzulässiger Eingriff in wohlerworbene Rechte sein, gleichviel ob es eine größere oder eine geringere Minderzahl wäre, gegen die der Zwang ausgeübt, und gleichviel ob sie zu einem Erlaß oder zur Stundung ihrer Rechte gezwungen werden sollte. Ein unzulässiger Eingriff würde es bleiben, sollte die richterliche Prüfung nur darauf sich erstrecken, ob das vorgeschriebene Verfahren beobachtet, ob der Abschluß des Akkordes gesetzmäßig und ohne Betrug erfolgt sei. Darauf beschränkt die Bremer Debitverordnung[3]) §§. 181. ff., die Altenburgische und die Gothaische Prozeßordnung (a. a. O.) die gerichtliche Prüfung und darauf wünschte der vierte Deutsche Handelstag[4]) dieselbe beschränkt zu sehen. — Einem Akkorde, welcher dem allgemeinen Interesse aller Gläubiger widerstreitet, darf das Gericht verbindliche Kraft gegen Alle nicht zugestehen. Man wendet ein[5]): »es sei für den Richter nicht möglich, zu befinden, ob dem Interesse der Gläubiger dieser Akkord entspreche oder nicht, ob für sie überhaupt ein Akkord vortheilhafter sei oder die Vertheilung der Masse; das sei doppelt schwierig, da meist die Aktivmasse noch nicht völlig realisirt worden, über einzelne activa oder passiva Streit oder Zweifel bestehe, der Ausfall schwebender Prozesse, der Ausgang von Krisen, die Strömung der Zeit u. s. w. nicht übersehen werden könne«. Schwierig mag freilich die Prüfung oft sein, unmöglich ist eine Würdigung der in Betracht kommenden thatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse so wenig für den Richter als für die Mehrzahl der konsentirenden Gläubiger. Und ob allemal das richtige Ergebniß vorausgesehen wird, darauf kann das entscheidende Gewicht nicht gelegt werden. Wesentlich ist, daß man die Gläubiger nicht dem schwankenden Spielball von Majoritäten

1) Anlageband S. 16.

2) ebenda S. 46.

3) Die Bremer Debitverordnung allerdings, weil der Akkord nur als Zwangsstundung wirkt; Denkschrift S. 37.

4) Vereinzelt auch Dr. Kompe; vergl. Verhandlungen des sechsten Deutschen Juristentages I. S. 174.

5) Güterbock, über einige in der Praxis hervorgetretene Mängel des Preußischen Konkursverfahrens, Berlin 1860 S. 13. ff.; Makower, Studien zur Konkursordnung, Berlin 1861 S. 72, 73.

preisgiebt, daß der Minderheit Gehör und Schutz des Richters nicht versagt wird. Nicht immer ist es Eigensinn oder Eigennutz, welcher ihren Widerspruch laut ruft; auf gutem Grunde, auf besserer Einsicht kann derselbe beruhen; die Minderheit muß den Richter anrufen können, ihren Streit mit der Mehrheit zu entscheiden. Zwar mag derselbe Vergleich den Einen vortheilhaft erscheinen, weil dieser des Geldes schneller bedarf, jener vorzieht, es bequemer zu empfangen, — und den Anderen nachtheilig, weil ihnen damit gedient ist, ihre Forderungen, wenn auch zunächst ohne Werth, so doch für die Zukunft in voller Höhe aufrecht zu erhalten. Solche individuelle Rücksichten auf die einzelnen Gläubiger aber hat der Richter keinesweges zu nehmen; er hat nur das allgemeine, für alle Gläubiger gleiche Interesse ins Auge zu fassen. — Und ferner, selbst wenn er das pekuniäre Interesse der Minderheit wie der Mehrheit durch den Vergleich befördert sähe, so muß ihm noch höher die Frage stehen, ob die Bestätigung nicht gegen das öffentliche Interesse, gegen den allgemeinen Kredit, das Gemeinwohl verstoßen würde. Auf eine nähere Begrenzung dieser Rücksichten kommt es zunächst nicht an. Hier genügt es im allgemeinen, die öffentliche Seite zu betonen, welche der Akkord darbietet. Wie vorwiegend aus wirthschaftlichen Gründen das Institut des Akkordes begehrt ist, so treten dieselben Rücksichten als Korrektive in die vorderste Reihe. Die durch den Akkord gebotene Möglichkeit, schnell und erschöpfend alle Schuldverhältnisse zu lösen, darf dem Gemeinschuldner nicht als lockender Anreiz erscheinen, seinen Bedrängnissen durch Zahlungseinstellung ein Ende zu machen; der Akkord soll ein Weg bleiben zur Abwickelung des Konkurses, nicht der Konkurs ein Mittel sein, um einen Akkord zu gewinnen[1]). Einen Schuldner, der betrüglichen Bankerutt gemacht, der sich Kredit erschwindelt oder leichtfertig gewirthschaftet hat, wo möglich im Hinblick auf einen Akkord, — der Wohlthat eines solchen theilhaftig werden zu lassen, würde nur allzu bald das allgemeine Vertrauen in Handel und Verkehr, in Recht und Sitte erschüttern. Die staatliche Gewalt kann dazu die Hand nicht bieten. Mit Unrecht wird eingeworfen: »man möge den unwürdigen Gemeinschuldner strafen; der Akkord gehöre ausschließlich dem Privatrechtsgebiet an; dem von den Gläubigern angenommenen Akkord die Bestätigung versagen, enthalte zugleich eine Bevormundung und eine Benachtheiligung der Gläubiger«. Man vergißt, daß es sich um einen Zwangsakkord handelt, nicht um ein freiwilliges Abkommen zwischen Gläubiger und Schuldner. Einem Unwürdigen Vertrauen zu schenken, wie es jeder Akkord erfordert, darf Niemand gezwungen werden, noch weniger, ihm einen oft erheblichen Theil der Forderung zu erlassen. In der Zustim-

1) Preußische Gerichtszeitung 1859 Nr. 43., 1860 Nr. 13. 31.; Güterbock a. a. O. S. 4 ff.

mung der Majorität liegt kein treffender Beweis für die Würdigkeit des Gemeinschuldners. Die Gläubiger sind nicht stets in der Lage und meist nicht Willens, auf diese vorzugsweise zu achten. Nur das Gericht kann und soll ein Urtheil fällen über das Verhalten des Schuldners, — und nicht blos dessen; denn auch die Gläubiger sind in der Art wie sie dem Schuldner Kredit gewährt und geboten, wie sie sich vor und nach der Zahlungseinstellung, besonders bei dem Zustandekommen des Akkordes verhalten haben, der Beurtheilung des Richters nicht entzogen. Findet der Richter, daß dieser Akkord, der Akkord dieses Schuldners und dieser Gläubiger nach irgend einer Seite den allgemeinen Kredit verletzen würde, so darf er ihm rechtliche Wirksamkeit nicht verleihen.

Daraus ergiebt sich ein weiteres Postulat, das erste ergänzend. Schon der Versuch und Abschluß eines Akkordes muß von dem Gesetz für unzulässig erklärt werden, wenn die allgemeinen Umstände so liegen, daß der sachgemäße Abschluß oder die gerichtliche Bestätigung eines jeden Akkordes von vornherein ausgeschlossen erscheint. Durch unfruchtbare Versuche darf das Gemeinschuldverfahren nicht verschleppt, die Befriedigung der Gläubiger nicht hingehalten und geschmälert werden.

Die gesetzliche Feststellung der Unzulässigkeit und die freie richterliche Prüfung eines Akkordes sind die beiden nothwendigen Garantieen, mit denen das Gesetz den Zwangsakkord umgeben muß. Wo man jene vermißt oder die richterliche Prüfung beschränkt sieht, hat die Gesetzgebung es für nöthig gefunden, entweder dem Akkorde einen anderen Gehalt, geringere Wirkung und schwächeren Bestand zu gewähren, dann freilich auch den fahrlässigen und betrüglichen Bankeruttirer zum Akkorde zuzulassen, — wie eben die Bremer Debitverordnung —, oder aber, bei vollem Gehalt und Bestand, das Zustandekommen eines Akkordes zu erschweren und die Fälle der gesetzlichen Unzulässigkeit zu erweitern, — wie das österreichische und das dänische Gesetz, oder gar — wie das letztere es thut — statt der gerichtlichen Prüfung des geschlossenen Akkordes dem Richter die Befugniß zu geben, schon die Einleitung des Akkordverfahrens zu versagen. Weder das Eine noch das Andere wird zuträglich erscheinen.

Vielmehr muß der Entwurf die vorstehend erörterten Grundsätze der Preußischen Konkursordnung im wesentlichen adoptiren. Sie haben in schweren Zeiten sich in der Praxis nach allseitigem Zeugniß vortrefflich bewährt und haben die Uebereinstimmung sowohl mit dem gemeinrechtlichen Zwangserlaß für sich, als mit dem Konkordat des französischen Rechts, das ihnen zum Muster gedient hat, wie auch mit der Gesetzgebung Belgiens, Hollands, Spaniens, Englands und anderer größeren Staaten.

Gleichwohl kann man sich nicht der Erkenntniß verschließen, daß den gegen die Preußische Konkursordnung erhobenen Vorwürfen ein gewisses Maß der Berechtigung beiwohnt, — nach einer anderen Richtung. In dem Streben, die Wahrheit zu pflegen, unter dem Eindruck der Klagen über mißbräuchliche Akkorde, und verleitet vor allem durch das Vorbild der französischen Gesetzgebung hat der Preußische Akkord sich in einen Zusatz mißlicher Offizial- und Formaljustiz verstrickt.

Die richterliche Prüfung, ob der Akkord das Interesse der Gläubiger oder das Interesse der öffentlichen Ordnung nicht etwa verletzt, tritt nach §. 193. der Preußischen Konkursordnung, wie nach art. 526. des Code de commerce und art. 515. des Fall. Ges.[1]) von Amtswegen ein, unabhängig von den Abstimmungen, den Erklärungen und Anträgen der Parteien. Selbst wenn kein Gläubiger gegen den Akkord gestimmt und gegen die Bestätigung Einspruch erhoben hat, soll dennoch das Gericht die Bestätigung versagen, wenn das eine oder andere Interesse ihm benachtheiligt erscheint. Das subjektive Ermessen des Richters hat keine Schranken. Je strenger der Richter seine Pflicht auffaßt, desto weniger wird er sich bei den Erklärungen des Schuldners und der Gläubiger beruhigen, er wird den Verwalter anweisen, diese und jene Thatsache an das Licht zu bringen, er selbst wird zum Vertheidiger und Ankläger, wie zum Gutachter sich berufen fühlen. Thatsachen, welche den Gläubigern bekannt oder unerheblich sind, erscheinen ihm bedenklich und von Gewicht. Die Parteien, Gläubiger und Gemeinschuldner, wissen nicht, auf welche Umstände sie ihre Angriffs- und Vertheidigungsmittel richten oder beschränken sollen; sie sind nicht im Stande, den Ausgang des Urtheils vorherzusehen und sind ebenso rathlos in der Anfechtung eines ihnen ungünstigen Urtheils, denn vor dem zweiten Richter wiederholt dieselbe Untersuchung sich von Neuem. Solche Offizialjustiz erheischt der Akkord keinesweges; er läßt sie nicht einmal zu. Diejenigen Gläubiger, welche sich der Beschlußfassung über den Akkord enthalten, sind füglich nicht anders zu behandeln, als ob sie den Beschluß der stimmenden Gläubiger anerkennen. Der §. 93. des Entwurfs stellt den ausbleibenden Gläubigern dieses Präjudiz für das ganze Verfahren; kein Theil desselben erfordert dessen Anwendung mehr als gerade der Akkord; das erkennen selbst jene oben erwähnten Gesetzgebungen an, die sonst dem Vergleiche Zwangswirkung versagen.

1) Der französischen Gesetzgebung sind gefolgt: das Belgische Fall. Ges. (art. 517), das Spanische (1159) und das Holländische H. G. B. (847). Auch das gemeine Recht erkennt die unumschränkte richterliche Gewalt an, — Schweppe §. 20.; Fuchs S. 93; Wolff a. a. O.; Wagner, Gerichtsverfassung in Kurhessen (4. Aufl.) §§. 653. 663.; vergl. jedoch Seuffert, Archiv Bd. 11. Nr. 320., Bd. 22. Nr. 195. (O. A. G. Darmstadt), Bd. 1. Nr. 150. (O. Trib. Stuttgart), Bd. 17. Nr. 195. (O. A. G. Lübeck). Desgl. das englische Recht (Anlageband S. 110 ff.).

Ein verspäteter Widerspruch verdient nicht Berücksichtigung; durch ihn darf das erzielte Resultat nicht umgestoßen werden; gegen betrügliche Uebervortheilungen sind die Ausgebliebenen hinlänglich gesichert (Entw. §§. 175. 186. 187). Wenn aber die erschienenen Gläubiger dem Akkorde sämmtlich und ausdrücklich zugestimmt haben, so kann das allgemeine Interesse der Gläubiger nicht in Frage kommen, auch nicht das Interesse des allgemeinen Kredits. Zwar kann trotz der einstimmigen Annahme des Akkordes der Gemeinschuldner einer leichtfertigen und gar sträflichen Handlungsweise sich schuldig gemacht haben und auch die Handlungsweise einzelner Gläubiger nicht vorwurfsfrei erscheinen, — dann verstößt diese, nicht aber der Akkord, gegen die allgemeine Wohlfahrt. Nur wenn unter diesen Umständen ein Zwangsakkord gewährt würde, litte die Wohlfahrt. Der einstimmig angenommene Vergleich geht, wie ein jeder freiwillige Erlaß, über das Gebiet des Privatrechts allerdings nicht hinaus. Die gerichtliche Prüfung des Akkordes darf den Zweck des Schutzes einer sich ihm widersetzenden Minorität nicht überschreiten, setzt also voraus, daß Gläubiger, und sei es auch nur einer, gegen den Vergleich gestimmt haben. Der Richter soll nur entscheiden über den Streit sich gegenüberstehender Parteien, und bei dieser Entscheidung kann er nur dann vor willkürlichen Mißgriffen bewahrt bleiben, wenn er seine Prüfung auf die vor ihm geführte Verhandlung der Parteien beschränkt; der Richterspruch muß in den Grenzen der von diesen gestellten Anträge und vorgebrachten Thatsachen verbleiben. Die überall im Prozeß für richtig erkannte Verhandlungsmaxime darf auch hier nicht durchbrochen werden. Durch sie wird es nicht verwehrt, vielmehr geboten, daß der Richter den gesammten Inhalt der Verhandlungen und der Beweisführung nach freier Ueberzeugung zu würdigen (Entw. der Proz. Ordn. §. 244.), sowie daß er die Verhandlung zu leiten (ebenda §§. 123. ff.), insbesondere durch Ausübung des Fragerechts dafür zu sorgen hat, daß das Vorbringen der Parteien klare und erschöpfende Erörterung und durch Stellung sachgemäßer Anträge richtige Anwendung finde (daselbst §§. 126. 439).

Die geschilderte Offizialjustiz ist es, welche den Richter zu jener gerügten Bevormundung der Parteien verleitet. Der Richter hinwieder wird gewissermaßen bevormundet durch das Gesetz. Die Preußische Konkursordnung stellt im §. 193. Nr. 2. und Nr. 4. a. und b. für einzelne Fälle Präsumtionen auf, daß ein Akkord das Interesse der Gläubiger oder der öffentlichen Ordnung beschädige. So wichtig die einzelnen Fälle und so sorgfältiger Beachtung des Richters sie werth sind, so mißlich und ungerecht sind allgemein aufgestellte gesetzliche Präsumtionen. Ebenso unhaltbar erscheint die Generalisirung der Preußischen Konkursordnung in §. 189. Nr. 3.: weil die Wiederholung eines Akkordverfahrens oft mißbräuchlich erfolgt

ist, erklärt sie eine Wiederholung allgemein für verboten. Das ist Formaljustiz. Der Lage des einzelnen Falles muß freie Würdigung widerfahren.

Indem der Entwurf solches Uebermaß gesetzlicher und richterlicher Fürsorge zu vermeiden sucht, glaubt er ein neues Element einführen zu müssen. Die Einschränkung staatlicher Fürsorge bedingt, daß die Selbstthätigkeit der Gläubiger verstärkt werde. Dem Streben, die Selbstverwaltung und Selbstbestimmung der Gläubiger zu erweitern, hat freilich schon der Entwurf gegenüber der Preußischen Konkursordnung erhöhte Rechnung getragen. An Stelle des fakultativen und informatorischen Verwaltungsraths hat er den obligatorischen und dezisiven Gläubigerausschuß gesetzt und dessen Funktionen erheblich vergrößert. Um ihm aber noch frischeres Leben einzuflößen und dem Organ der Gläubiger entscheidenden Einfluß gerade da zu gewähren, wo die Gläubiger vorzugsweise interessirt und als handelnde Theile erscheinen, will der Entwurf den Akkordvorschlag des Schuldners in allen Fällen einer Vorprüfung des Gläubigerausschusses unterwerfen. Die Bedeutung derselben und ihr Vortheil wird bei den einzelnen Bestimmungen hervortreten. Der Vortheil springt in die Augen, daß diese neue Handhabe, ihre Rechte wahrzunehmen, den Gläubigern einen nun ausreichenden Schutz gegen Verschleppung der Sache und Uebervortheilung sichern, und den Klagen über Eingriff in ihre Rechte die Spitze abbrechen dürfte.

Aus diesen allgemeinen Gesichtspunkten ergiebt sich, wie die einzelnen Momente eines Zwangsvergleichs zu behandeln sein möchten:

§. 166.

Pr. K. O. §§. 181. 185. 197.

I. Die Zeit.

Der Zeitpunkt, von welchem ab der Vorschlag und Abschluß eines Akkordes zulässig erscheint, bestimmt sich durch zweierlei Rücksichten. Einerseits bedarf der Akkord der gehörigen Grundlage; durch Ermittelung und Sicherung der dem Gemeinschuldner gehörigen und Feststellung der fremden, sowie Absonderungsansprüchen unterworfenen Gegenstände, durch Inventur und Bilanz muß eine Uebersicht der Gemeinmasse und eine Beurtheilung der Vergleichsvorschläge ermöglicht sein, und gleichermaßen bedingt eine ausreichende, auf sicherer Grundlage beruhende Theilnahme der Gläubiger den Ablauf einer gewissen Frist seit Veröffentlichung des Gemeinschuldverfahrens und eine vorherige Anmeldung und Prüfung der Gemeinforderungen. Darum darf ein Akkord vor dem allgemeinen Prüfungstermin, wie das gemeine und das englische Recht (s. 28) es gestatten, nicht zugelassen werden.

Andererseits soll, um den Abschluß eines Akkordes zu ermöglichen oder zu fördern, bis dahin, daß solcher geschlossen werden könnte, die Versilberung der Masse in der Regel und die Vertheilung durchweg ausgesetzt bleiben (Entwurf §§. 133. 135. 151.); beides aber darf über den Prüfungstermin hinaus gesetzlichen Aufschub nicht erleiden. Der Entwurf schließt sich daher der Vorschrift des §. 181. der Preußischen Konkursordnung an, welche darin mit dem französischen Recht (Code 519., Fall. Ges. 507.), wie mit den Gesetzen Belgiens (512.), Spaniens (1147—1150.), Hollands (836.), Oesterreichs (§. 207.) und Dänemarks (§. 103.) übereinstimmt.

Von diesem Anfangstermine ab bleibt es dem Gemeinschuldner vorbehalten, den nach Lage der Sache geeigneten Zeitpunkt auszuwählen. Das Streben, sich das Vermögen möglichst intakt zu erhalten, und das Verlangen der Gläubiger nach baldiger Befriedigung wird diese wie jenen bestimmen, den Abschluß des Akkordes wo möglich auf den frühesten Zeitpunkt zu verlegen. Häufig jedoch werden die Umstände einen späteren Zeitpunkt erforderlich machen. Da in einem späteren Stadium das Gemeinschuldverfahren, die Verwerthung und die Vertheilung der Masse durch Einleitung eines Akkordes in keiner Weise soll aufgehalten werden, so rechtfertigt es sich nicht, die Einleitung nach Art der Bremer Debitverordnung (§. 239.) oder des Dänischen Gesetzes (§. 102.) an die Zustimmung einer Mehrzahl der Gläubiger zu knüpfen.

Nur die Schlußvertheilung schneidet naturgemäß jeden Akkordversuch ab. Sie kann man zwar schon nach geltendem Recht als den Endtermin ansehen, aber die bestehenden Gesetze lassen, mit Ausnahme des Dänischen (§. 102.), eine ausdrückliche Bestimmung vermissen. Es tauchen Zweifel auf, von wann die Schlußvertheilung als eingetreten und den Akkord ausschließend erachtet werden soll. Die gemeinrechtliche Praxis präkludirt den Akkord oft schon mit eingetretener Rechtskraft des Kollokationsurtheils [1]; die Preußische Gerichtspraxis oft mit Ablauf der Frist zur Vorbringung der Einwendungen gegen den Schlußvertheilungsplan; das Dänische Gesetz sagt: »bis die schließliche Ausschüttung stattgefunden hat«. Nach den Vorschlägen des Entwurfs (§§. 156. 151.) wird der Augenblick entscheidend sein müssen, mit dem das Gericht die von dem Gläubigerausschuß beschlossene Vornahme der Schlußvertheilung genehmigt.

II. Die Vergleich schließenden Theile

sind der Gemeinschuldner und die Gemeingläubiger.

Der Entwurf, welcher den Akkord nicht als exceptionelles Benefiz für den Schuldner, sondern als eine allgemeine, regelrechte Art der Beendigung des Gemein-

1) Fuchs S. 89.

schuldverfahrens auffaßt, welcher in ihm die vergleichsweise Feststellung der sonst durch Versilberung und Vertheilung zu erzielenden Befriedigungsquote erblickt, kann den Akkord auf bestimmte Klassen von Gemeinschuldnern nicht beschränken.

1. Nicht auf Kaufleute. Wo die Gesetzgebung das Fallimentverfahren überhaupt auf Kaufleute beschränkt, nimmt es nicht Wunder, daß nur sie einen Akkord schließen können[1]). Aber die Oesterreichische Konkursordnung (§§. 156. ff., 207. ff.) und das Dänische Gesetz (§. 100.) lassen gleichfalls den Zwangsvergleich nur für kaufmännische Schuldner zu, und die Badische Prozeßordnung erkennt in Ganten von Nichthandelsleuten nur eine Zwangsstundung an (§§. 710. 712). Von einem Nachklang ist auch die Preußische Konkursordnung nicht frei, sofern im gemeinen Konkurse das Akkordverfahren der Regel nach die Liquidation der Masse nicht aufhalten soll (§. 337., vergl. jedoch Abs. 2. und für den kaufmännischen Konkurs §. 157. Abs. 1. und 2., §. 144). Der Entwurf vermag keinerlei gesetzliche Unterscheidung zwischen kaufmännischem und gemeinem Konkurse anzuerkennen; an verschiedenen Stellen ist das erörtert, auch hier kann nicht davon abgegangen werden. Alle Seiten und Vortheile, welche der Akkord darbietet, sind wie auf die Schuldenregulirung eines Kaufmanns ebenso anwendbar auf die eines anderen Gewerbtreibenden und, wenngleich nicht in jedem einzelnen Fall von gleicher Tragweite, im allgemeinen auf die Schuldverhältnisse auch von Privatleuten. Die Englische bankruptcy act, welche sonst Unterschiede für kaufmännische und nicht kaufmännische Schuldner aufstellt, erstreckt den Vergleich unterschiedslos auf alle.

Ebensowenig kann der Entwurf den Zwangsvergleich ausschließen in dem Gemeinschuldverfahren

2. über einen Nachlaß. Man hat die Statthaftigkeit bezweifelt[2]), weil der Zweck des Akkordes, den Gemeinschuldner seiner Geschäfts- und Erwerbsthätigkeit baldigst zurückzugeben, nach dem Tode desselben selbstredend wegfalle. Aber dieser Zweck ist nicht der alleinige. Gerade der Behandlung von Erbschaften verdankt der Akkord seinen Ursprung, durch jene Bestimmung des römischen Rechts. Hier konnte als besonderer Grund geltend gemacht werden: ut fama defuncti conservetur[3]); und die Theorie des gemeinen Rechts sträubt sich gegen eine Ausdehnung des Zwangserlasses auf lebende Gemeinschuldner gerade deshalb, weil deren zukünftige Vermögenslage nicht übersehbar, daher gegen sie die Gläubiger zur Auf-

---

1) cf. Sirey XII. 2. 339.

2) Bei den Berathungen der Preußischen Konkursordnung in der Kommission der Ersten Kammer; vergl. Goltdammer S. 356, 357.

3) l. 23. D. quae in fraud. cred. 42. 8.

opferung ihrer Rechte für alle Zukunft nicht zu zwingen, — bei Erbschaften aber eine spätere Vermehrung der Masse nicht zu erwarten sei[1]).

Aehnlich verhält es sich mit einem Zwangsvergleich

3. in dem Gemeinschuldverfahren über eine Aktiengesellschaft. Die Preußische Konkursordnung sagt betreffs ihrer im §. 285: »Ein Akkord kann nicht geschlossen werden«[2]). Man war der Ansicht, daß »durch die Konkurseröffnung die Gesellschaft aufgelöst werde und die Persönlichkeit des Gemeinschuldners für die Folge zu existiren aufhöre, zwischen den einzelnen Aktionären und den Gesellschaftsgläubigern kein persönliches Schuldverhältniß für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft bestehe, und deshalb, sowie wegen der faktischen Schwierigkeiten von einer Akkordschließung unter ihnen nicht füglich die Rede sein könne, im übrigen aber ein außergerichtlicher Vergleich nicht ausgeschlossen sei«[3]). Diese Gründe können bei der jetzigen Lage der Gesetzgebung nicht durchschlagen. Durch die Auflösung, welche gemäß Art. 242. Nr. 4. des Handelsgesetzbuchs mit der Konkurseröffnung eintritt, findet nur die produktive Seite der Gesellschaft ihr Ende, auf die Regelung der bestehenden Rechts- und Schuldverhältnisse wirkt die Auflösung nicht ein[4]). Die Selbständigkeit des Vermögens, welche der Aktiengesellschaft ihre rechtliche Existenz verleiht, bleibt aufrecht bis zur Vertheilung des Vermögens unter die Aktionäre, nach Liquidation des Vermögens, nach Tilgung aller Schulden, H. G. B. Art. 244. u. 245. Sonst könnte überhaupt nicht über die Aktiengesellschaft das Gemeinschuldverfahren eröffnet werden, nicht in demselben die Liquidation erfolgen, nicht die laufenden Geschäfte beendigt, zur Beendigung der schwebenden nicht neue Geschäfte eingegangen (H. G. B. Art. 244. 137.), nicht wie in jedem Konkurse der Betrieb der Handlung, der Fabrik, des Unternehmens fortgesetzt werden (Entw. §§. 130. 132). Rechtlich steht die Sache nicht anders, als bei dem Gemeinschuldverfahren über einen Nachlaß, und nicht anders als bei dem Konkurse einer offenen oder einer Kommanditgesellschaft, — umgekehrt hat bei diesen, namentlich den offenen Gesellschaften die Selbständigkeit ihres Vermögens und der Fortbestand derselben geringere Kraft als bei einer Aktiengesellschaft. Juristisch konsequent handelt daher die französische Gesetzgebung, indem sie entweder

---

1) Schweppe §. 19.; Günther S. 16.

2) Dasselbe bestimmt §. 51. Abs. 3. des Reichsgesetzes vom 4. Juli 1868 über die privatrechtliche Stellung der eingetragenen Erwerbs- und Wirthschafts-Genossenschaften; vergl. unten Buch III.

3) Vergl. Motive zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preußischen Staaten S. 514 und Kommissionsbericht der Ersten Kammer in Goltdammer S. 444 Nr. 4.

4) Handelsgesetzbuch Art. 244. 144. Vergl. Lutz, Protok. S. 4543; v. Hahn, Kommentar zu Art. 122. §§. 8. 9., zu Art. 123. §. 2.

für alle Gesellschaften das Konkordat zuläßt, wie der Code [1]), oder wie das Fallimentsgesetz (art. 531.) betreffs keiner Gesellschaft als solcher, sondern nur betreffs einzelner solidarisch haftender Sozien. In wirthschaftlicher Beziehung und für den legislativen Standpunkt kommt freilich in Betracht, daß bei einer offenen und Kommanditgesellschaft der persönlich haftende Gesellschafter für die Zukunft eine andere, ungünstigere Lage einnimmt als die Aktionäre, und daher zu seinem Emporkommen und seiner Entlastung ein Akkord dringlicher erscheint als für diese; daß betreffs seiner alle Momente Platz greifen, die überhaupt für einen Zwangsvergleich sprechen. Dagegen fällt ins Gewicht, daß gleichwie bei den Erbschaftsgläubigern der Zwang gegen die nicht konsentirenden Gläubiger der Aktiengesellschaft in milderem Lichte erscheint; und schwer genug wiegen die Vorzüge des Akkordes, welche übrig bleiben, wenn man von der Gestaltung der Zukunft absieht. Daß die Abfindung der Gläubiger schneller und billiger erfolgt, als bei einer Versilberung und Vertheilung der Masse, daß die Verwerthung der letzteren durch die Liquidatoren ersprießlicher sein wird, als sie es innerhalb des Gemeinschuldverfahrens sein kann, daß die Gläubiger weniger Gefahr laufen, von der Theilnahme an der Befriedigung thatsächlich ausgeschlossen zu werden, eine Gefahr, die nirgend größer ist, als bei Aktiengesellschaften mit Banknoten und anderen auf den Inhaber gestellten Schuldpapieren, — das alles sind Umstände, welche die Zulässigkeit eines Akkordes über das Vermögen von Aktiengesellschaften dringend verlangen zum Vortheil der Gläubiger, wie der Aktionäre. Auch der letzteren; denn nicht immer wird der Eintritt des Konkurses so lange aufgeschoben bleiben, bis das Vermögen völlig durch die Schulden absorbirt ist (H. G. B. Art. 239a. Nr. 3. u. 4., Art. 240). Allgemeine Krisen und Komplikationen über den Werth von Vermögenstheilen oder die Natur gewisser Ansprüche werden oft den Konkurs herbeiführen und einen Akkord doppelt wünschenswerth machen. Und wenn sonst bekämpft werden muß, daß das Interesse des Gemeinschuldners dem der Gläubiger gegenüber vorwiegend oder in gleichem Maße zu berücksichtigen sei, so ist hier schwer zu entscheiden, ob die Obligationsinhaber und sonstigen Gesellschaftsgläubiger mehr Berücksichtigung verdienen oder die an dem Vermögensverfall meist unschuldigen Aktionäre. Dem Schutze, welchen die Gesetzgebung gegen üble Wirthschaft des Vorstandes oder gewissenlose Gründungen den Aktionären ertheilen kann, steckt ohnehin die Natur der Sache enge Grenzen. Um so weniger rechtfertigt es sich, den beschädigten Aktionären einen Schutz zu entziehen, dessen sich jeder andere Schuldner erfreut. Es ist hart, sie lediglich auf den Weg außergerichtlicher Vergleiche zu verweisen. Erscheinen

1) Rénouard II. p. 137; Pardessus No. 1247. IV. p. 487, 488; Grimm u. Broicher S. 165, 166.

diese zulässig und möglich, so ist es gewiß auch ein Akkord; die faktischen Schwierigkeiten sind ohne Zweifel bei letzterem weit geringer. Die überwiegende Mehrzahl der Gesetzgebungen erkennt die Statthaftigkeit des Akkordes an; von der französischen und den ihr unmittelbar folgenden abgesehen, hat die englische Gesetzgebung eine besondere Akte erlassen: to facilitate compromises and arrangements between creditors and shareholders of Joint Stock and other Companies in Liquidation (vom 10. August 1870, 33. u. 34. Vict. chap. 104.), — die Oesterreichische Konkursordnung und das Dänische Gesetz schließen den Akkord mit einer Aktiengesellschaft nicht aus. Der Entwurf tritt ihnen bei. —

Was nun die zweite Frage betrifft, welche Gläubiger in den Bereich des Akkordes zu ziehen sind, so kann nach dem System des Entwurfs ein Zweifel darüber nicht aufkommen, daß die Massegläubiger und die Absonderungsgläubiger und zwar letztere, soweit deren Forderungen durch das Hypotheken-, Pfand-, Kompensations- oder sonstige Absonderungsrecht gedeckt werden, außerhalb des Akkordes bleiben müssen, daß sie weder berechtigt sind, an einem Akkorde Theil zu nehmen, noch den Wirkungen desselben unterliegen. Der Akkord hat es nur mit der Beseitigung der Gemeinschuldverhältnisse zu thun, erstreckt sich also nur auf die Gemeingläubiger. Zu diesen aber gehören an sich auch die bevorzugten Gemeingläubiger (Entwurf §§. 61. 62). Nach gemeinem Recht will man zwar die absolut privilegirten Gläubiger von dem Zwangsnachlaß unberührt lassen, in Betreff der mit einem privilegium exigendi ausgestatteten Gläubiger indeß ist dies streitig[1]. Die privilegirten Gläubiger, welche kraft ihres Vorzugsrechts ihre volle Befriedigung erhalten müssen, bevor die nachstehenden Gläubiger irgend etwas bekommen dürfen, würden sich schwerlich dazu verstehen, von ihren Ansprüchen den geringsten Theil aufzugeben, um irgend welche Befriedigungsmasse für die Anderen freizulassen; sie hierzu durch Beschluß der nachgesetzten Gläubiger zu nöthigen, würde eine offenbare Ungerechtigkeit enthalten. Die Bremer Debitverordnung giebt ihnen daher ein individuelles Widerspruchsrecht (§. 179. §§. 161. 162). Sie sollen jedoch dasselbe nicht geltend machen dürfen, wenn ihnen der Akkord vollständige Befriedigung zusichert (§. 180). Diese Bestimmung führt thatsächlich dahin, daß die Vorzugsgläubiger entweder befriedigt werden oder aus dem Verfahren unter Vorbehalt ihrer vollen Rechte zurücktreten[2]. Der thatsächliche Ausgang ist ein Umweg; man gelangt einfacher und dem Rechtsstand entsprechend dahin, wenn man die Vorzugsgläubiger von Rechtswegen an dem Abschluß und den Wirkungen

1) l. 58. §. 1. D. mand. 17. 1. (Paulus), l. 10. pr. D. de pact. 2. 14. (Ulpian). Vergl. Schweppe §. 21.; v. Bayer §. 38. S. 105, §. 39. S. 107 Note 4; Günther S. 15, 16; Fuchs S. 87.
2) Denkschrift a. a. O. S. 22.

des Akkordes nicht betheiligt. Dies bestimmt die Preußische Konkursordnung (§§. 185. 197.); soweit eine Forderung bevorzugt ist, muß sie vollständig berichtigt werden. Das Gleiche gilt nach Französischem Recht[1]; wenn es in der Praxis des Rheinischen Rechts bestritten ist[2], so liegt der Grund davon nur in einer mangelhaften Redaktion des Code, art. 520., dieselbe ist durch das Fallimentsgesetz, art. 508., klar gestellt. Andererseits liegt auf der Hand, daß die privilegirten Gläubiger nicht dürfen dadurch gefährdet werden, daß das zu ihren Gunsten schwebende Gemeinschuldverfahren in Folge Beschlusses der anderen Gläubiger aufgehoben wird. In dieser Rücksicht gewährt die Preußische Konkursordnung (§. 201.) auch wegen dieser, den Wirkungen des Akkordes entzogenen Forderungen die Exekution gegen den Gemeinschuldner, soweit die Forderungen in dem Konkurse als richtig festgestellt worden sind. Die Vorschrift ist ohne Zweifel gerecht und nothwendig; der Gemeinschuldner würde sonst zuerst für die Befriedigung der vorrechtlosen Gläubiger, die sofort mit Zwangsvollstreckung vorgehen könnten, Sorge tragen; das Vorrecht würde sich durch den Akkord in einen Nachtheil verwandeln. Die Vorschrift ist aber nicht ausreichend; mit Recht wird daran erinnert, daß trotz der Vollstreckbarkeit, ohne daß die Vorzugsgläubiger saumselig zu sein brauchen, vor ihrer Befriedigung die freigegebene Masse verzehrt und eine neue Zahlungsunfähigkeit eingetreten sein könne[3]; der Schutz der Vorrechtsgläubiger wird um so geringer, je mehr der Akkord durch Verpfändung oder Zurückbehaltung einzelner Massestücke für die Sicherheit der Akkordgläubiger sorgt; er ist ungenügend auch insofern, als bis zur Aufhebung des Verfahrens nicht immer die Vorzugsgläubiger die völlige Feststellung ihrer Forderungen werden erlangt haben können. Der Entwurf ergänzt daher ihren Schutz durch die Bestimmung des §. 198. So kann ihr Ausschluß von dem Akkord nur zum allseitigen Vortheil gereichen.

§§. 167. 175. 176.

Pr. K. O. §. 181. Abs. 3. §. 186. Nr. 3. §. 200.

III. Inhalt des Vergleichs.

Die Bremer Debitverordnung beginnt die Vorschriften über Akkord mit dem §. 171.:

»Der Begriff des Akkordes ist nicht auf den Erlaß eines Theils der Forderungen beschränkt, sondern umfaßt jeden Vertrag des Falliten mit seinen

1) auch nach dem Holländischen H. G. B. 838. 841. und dem Dänischen Konkursgesetz §. 111. Die Oesterreichische Konkursordnung §§. 209. 212. nimmt nur diejenigen Forderungen aus, welche wegen ihres Vorranges »zur vollen Berichtigung gelangen« würden; im übrigen vergl. §. 222.

2) Grimm u. Broicher, Nr. 3. zu Art. 520; s. dagegen Pardessus, No. 1235; vergl. auch Stempf, I. S. 36 und II. S. 174.

3) Denkschrift S. 24.

Gläubigern über deren Befriedigung, sofern dadurch die Beendigung des Debitverfahrens herbeigeführt werden soll.«

Der Entwurf könnte diesen Satz, wäre er nicht dogmatischer Natur, adoptiren. Der Inhalt des Vergleichs betrifft die Höhe und Art und Weise der Befriedigung der Gläubiger zur Beseitigung des eingetretenen Gemeinschuldverhältnisses; Schuldner und Gläubiger vergleichen sich über Erledigung des Gemeinschuldanspruchs. Ein theilweiser Nachlaß an den Forderungen wird die Regel bilden. Es kann aber auch, wenngleich es thatsächlich in seltenster Ausnahme eintreten wird, die Vollzahlung versprochen und eine bloße Stundung oder Terminalzahlung bewilligt werden. Es kann die Befriedigung der Gläubiger auch in anderer Weise, durch Angabe an Zahlungsstatt, durch Begründung einer Gesellschaft u. s. w.[1]) bewirkt werden sollen.

Das Erforderniß aber, welches der Entwurf unwandelbar für den Inhalt eines jeden Zwangsvergleichs aufstellt, ist unbedingte Gleichheit für alle von ihm betroffenen Gläubiger. Der Akkord darf der Majorität nicht andere Rechte gewähren, als der Minorität, den stimmenden Gläubigern nicht andere als den ausbleibenden, den bekannten nicht andere als den unbekannten, — nicht höhere Prozentsätze, nicht bessere Bedingungen, nicht größere Sicherheit[2]). Eine ungleiche Bestimmung der Rechte ist nur mit ausdrücklicher Einwilligung der zurückgesetzten Gläubiger zulässig. Es soll nicht gerade verlangt werden, daß diese Einwilligung lediglich in der gerichtlichen Vergleichsverhandlung ausgesprochen werde, die Zurückgesetzten mögen ihre Zustimmung auch in einer besonderen vorzulegenden Erklärung gültig abgeben, ebenso wie ein über die vorzugsweise Behandlung der Einen getroffenes Nebenabkommen durch ausdrückliche Zustimmung der Anderen in der gerichtlichen Verhandlung genehmigt werden mag, — solche Nebenabkommen bilden einen Theil des gerichtlichen Vergleichs. Jedes sonstige Nebenabkommen aber, durch welches einzelnen Gläubigern von dem Gemeinschuldner oder einem Dritten ein besonderer Vergleich abweichend von dem Inhalt des Akkordes geboten wird, ist nicht zu dulden. Es setzt den Akkord der Verwerfung (§. 180. Nr. 2.) und der Anfechtung (§. 186.), die Kontrahenten der Bestrafung aus. Das Nebenabkommen darf aber, selbst wenn das Strafgesetz außer Anwendung bleiben müßte, auch nicht einmal zwischen den Kontrahenten rechtliche Wirksamkeit beanspruchen. Nach gemeinem Recht wird dies von Theorie und Praxis überall schon jetzt als eine Kon-

1) Vergl. oben S. 132.

2) Erkenntniß des Preußischen Ober-Tribunals vom 21. Februar 1865 (Entsch. Bd. 53. S. 308, Striethorst, Archiv Bd. 57. S. 229); Erkenntniß des Reichs-Oberhandelsgerichts vom 14. November 1871 (Entsch. Bd. 4. S. 21).

sequenz aus der Zwangsnatur des Akkordes geltend gemacht[1]). Es erscheint jedoch rathsam, etwaigen Zweifeln durch eine ausdrückliche Vorschrift zu begegnen und dadurch das Begehren solcher Nebenversprechen zu ersticken. Die Bremer Debitverordnung (§§. 189—191.), das Braunschweigsche Gesetz, betreffend die Bankerotte vom 22. Dezember 1870 §. 5., die Oesterreichische Konkursordnung (§. 222. Abs. 2. §. 226.), das Dänische Gesetz (§. 115.) und das Spanische Handelsgesetzbuch (Art. 1151.) treffen darüber besondere Bestimmungen. Das Präjudiz des letzteren, daß der Gläubiger aller seiner Ansprüche an die Masse verlustig sein solle, möchte über das gebotene Ziel hinausgehen.

Der Inhalt des Vergleichs kann und soll zwar zur schließlichen Feststellung erst in der gerichtlichen Vergleichsverhandlung gelangen. Müßte aber das Akkordverfahren auf bloßen, unbestimmten Antrag des Schuldners eintreten, so würde es ihm leicht sein, der Versilberung der Masse und dem Fortgang des Vertheilungsverfahrens fruchtlosen Einhalt zu thun; jedenfalls würde den Gläubigern die sichere Grundlage entzogen werden, um ihre Entschließung vorsorglich treffen zu können. Es waren dies in der Praxis fühlbar gewordene Mißstände, denen erst die Novelle zur Preußischen Konkursordnung abgeholfen hat. Der Akkordantrag muß einen bestimmt formulirten Vergleichsvorschlag enthalten (Entwurf §. 167). Derselbe soll insbesondere auch angeben, ob und in welcher Weise für die Erfüllung des Akkordes Sicherheit geboten wird. Die Nothwendigkeit dafür wird aus den einleitend geschehenen Bemerkungen zu der Bremer Debitverordnung einleuchten.

Häufig wird Realsicherheit durch Pfand oder Hypothek versprochen werden. Dies wird um so eher der Fall sein, als der Entwurf dem bestätigten Akkord die Kraft einer gerichtlichen Hypothek nicht beilegt (vergl. §. 184). Die bedungene Sicherheit muß nun allen Akkordgläubigern gleichmäßig zu statten kommen; der Grundsatz der Gleichberechtigung verbietet es, die Sicherheit auf die bekannten oder die bis zum Akkordschluß festgestellten Forderungen zu beschränken. Andererseits entsteht dadurch der Nachtheil, daß die einzelnen Personen und die Summen, für welche die Sicherheit haften soll, nicht im Voraus zu bestimmen sind. Wer soll berechtigt und verpflichtet sein, das Pfandstück zu verwahren, es zu verwerthen oder zurückzugeben, wer, die Eintragung der mit einem Grundstück bestellten Sicherheit zu erwirken, die Hypothek zu vertreten, einzuziehen, die Löschung zu bewilligen u. s. w.? Die Preußische Konkursordnung beschränkt die Regelung

---

1) Pfeifer, praktische Ausführungen rc. Bd. 3. S. 24 ff.; Seuffert, Blätter für Rechtsanwendung Bd. 1. S. 173, Bd. 3. S. 9 ff., Bd. 7. S. 233; Schweppe, §. 20. S. 42, §. 23. S. 46; Sarwey, Monatschrift Bd. 6. S. 159 und Württembergisches Archiv Bd. 3. S. 234; Seuffert, Archiv Bd. 22. Nr. 282, Bd. 24. Nr. 182. und 183.

dieser Fragen zu Unrecht auf Immobiliarverpfändungen; die betreffs dieser getroffenen Vorschriften (§. 200.) führen eine zu große Amtsthätigkeit des Verwalters, namentlich des Konkursgerichts und ein zu umständliches Verfahren herbei und entsprechen nicht dem Stande der neueren Grundbuchs- und Subhastationsgesetzgebung. Der Entwurf verlangt, daß in allen Fällen die Sicherheitsbestellung durch eine bestimmte Summe, als Maximalbetrag, begrenzt, und durch den Vergleich ein Vertreter bestellt werde, welcher die den Akkordgläubigern durch die Kaution gewährten Rechte wahrzunehmen hat. Die Wahrnehmung geschieht kraft des Gesetzes; an Instruktionen einzelner Gläubiger kann der Vertreter nicht gebunden werden, da die Antheilsrechte derselben nicht feststehen. Das Gesetz wird dem Vertreter nur zur Löschung einer eingetragenen Kaution und im Fall ihrer Realisirung, insbesondere durch eine Zwangveräußerung des Grundstücks, zur Freigabe des Erlöses nicht freie Hand lassen dürfen. Ihr soll ein gerichtliches Aufgebot der Gläubiger, welche noch Ansprüche auf die Akkordkaution zu machen haben, vorhergehen. Für dasselbe kommen die §§. 755—768. des Entwurfs der Prozeßordnung zur Anwendung. Das Ausschlußurtheil giebt an, ob und mit welchen Gläubigern der Gemeinschuldner bez. der Grundstücksbesitzer sich abzufinden hat, bevor der Vertreter die Löschung bewilligen oder den Erlös freigeben kann.

§. 168.
Pr. K. O. §. 189.

IV. Die Fälle gesetzlicher Unzulässigkeit eines Zwangsvergleichs müssen sich auf solche allgemeine Umstände beschränken, welche ohne Rücksicht auf den konkreten Inhalt des Akkordvorschlages dessen Annahme oder Bestätigung unbedingt ausschließen.

1. Mit einem flüchtigen Gemeinschuldner kann nicht akkordirt werden. Die Preußische Judikatur nimmt sogar nach der Fassung des §. 189. der Preußischen Konkursordnung an, daß die Unzulässigkeit durch spätere, wenngleich freiwillige Rückkehr des Schuldners nicht aufgehoben werde[1]). Die Unzulässigkeit dahin auszudehnen, würde indeß die Interessen der Gläubiger arg beschädigen; die Möglichkeit eines Akkordes ist es vielmehr, welche den flüchtigen Kridar meist bewegt, zurückzukehren, und welche nicht selten vorenthaltenes Vermögen der Masse zuführt; diese Umstände gerade haben den Akkord geschichtlich entwickelt. Man kann auch nicht sagen, daß ein Schuldner, der unter dem ersten Druck des eingebrochenen Unglücks sich auf flüchtigen Fuß gesetzt hat, absolut jedes Vertrauen ver-

---

1) Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 16. Juli 1859 (Entsch. Bd. 41. S. 458, Striethorst, Archiv Bd. 33. S. 340).

wirkt habe. Undurchführbar und unzulässig erscheint der Akkord nur, so lange der Gemeinschuldner flüchtig ist (vergl. Spanisches H. G. B. 1148. Nr. 3., Oesterreichische Konk. Ordn. §. 208. c., Dänisches K. G. §. 101. b). Man wird hinzusetzen müssen: wenn und so lange er die Ableistung des Offenbarungseides weigert (vergl. Oesterreichische Konk. Ordn. §. 208. f). Ohne Inventar und Bilanz und deren eidliche Bekräftigung (Entwurf §§. 123. 125.) entzieht der Akkordvorschlag sich jeder Beurtheilung; zudem erregt die Weigerung des Eides Verdacht. Anderweite Renitenz des Gemeinschuldners (Dänisches K. G. §. 101. c.) steht nicht auf gleicher Stufe.

2. Die Verurtheilung des Gemeinschuldners wegen betrüglichen Bankerutts läßt denselben jedes Vertrauens unwürdig erscheinen; kein Gläubiger darf genöthigt werden, sich mit ihm fernerhin einzulassen; im Interesse der Sittlichkeit und des öffentlichen Kredits muß gegen ihn die ganze Strenge des Gesetzes in Anwendung kommen; diesen höheren Rücksichten gegenüber würde selbst der Umstand, daß der Akkord für die Gläubiger vortheilhaft sein könnte, die Zulassung desselben nicht rechtfertigen; in den Fällen des §. 281. Nr. 1. und 2. des Deutschen Strafgesetzbuchs würde übrigens der Akkord schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen wegen Betruges nichtig sein. Die gleichen Erwägungen greifen Platz, wenn auch eine Verurtheilung noch nicht erfolgt, wenn nur schon das Hauptverfahren eröffnet worden ist (Entwurf der Strafprozeßordnung §§. 164. 170. 226). Durch die Eröffnung des Hauptverfahrens erscheint der Gemeinschuldner zu sehr belastet, als daß, wie das Französische Fallimentsgesetz art. 510. es gestattet, dem Akkordvorschlage irgend eine Berücksichtigung zu Theil werden dürfte. Erst mit der rechtskräftigen Freisprechung ist der Schuldner entlastet. Anders verhält es sich mit dem einfachen Bankerutt, der nur nachlässiges oder leichtfertiges Handeln zum Gegenstand hat. Von den Fällen desselben berührt noch am unmittelbarsten der Fall, daß der Gemeinschuldner es versäumt hat, Handelsbücher ordnungsmäßig zu führen, so daß aus ihnen eine Uebersicht des Vermögensstandes nicht zu gewinnen ist (Strafgesetzbuch §. 283. Nr. 2). Diesen Fall hebt das Dänische und das Oesterreichische Gesetz besonders hervor (§. 101. f. bez. §. 208. e). Die Versäumniß macht es indeß nicht unmöglich, den Vermögensstand durch andere Mittel völlig zu erforschen. Man wird in diesem wie in den anderen Fällen einfachen Bankerutts die Frage der Zulässigkeit eines Akkordes besser der eigenen Beurtheilung der Gläubiger und dem pflichtmäßigen Ermessen des Gerichts überlassen. Nur wo eine gerichtliche Prüfung nicht eintritt, muß die Gesetzgebung die Zuflucht zu einem allgemeinen Verbot nehmen. In diesem Sinn ist die Vorschrift des Code art. 521. durch das Französische Fallimentsgesetz art. 511. abgeändert. Der Zusatz der Preußischen Konkursordnung

§. 189. Nr. 2. a. E., nach welcher der Richter die Aeußerung der Staatsanwaltschaft über die in der eingeleiteten Untersuchung wegen einfachen Bankerutts ermittelten Thatumstände einholen und den Gläubigern vor der Beschlußfassung mittheilen soll, erscheint mit Rücksicht auf die Verhandlungsmaxime des Entwurfs entbehrlich.

3. Die Preußische Konkursordnung ließ die Frage offen, ob in demselben Konkurse das Akkordverfahren nur einmal, oder ob bei einer Erfolglosigkeit die Wiederholung desselben zulässig sei?[1]) Die häufig eintreffende, äußerst wichtige Frage macht eine legislative Entscheidung nöthig. Nach der großen Mehrzahl der bestehenden Gesetzgebungen möchte sie in letzterem Sinne bejaht werden müssen; das Französische Fallimentsgesetz art. 524. gestattet sogar in dem wegen Resiliation eines bestätigten Konkordats wieder aufgenommenen Falliment den Abschluß eines neuen Konkordats[2]). Dagegen verneint die Wiederholung unbedingt die Oesterreichische Konkursordnung §. 208. b., und die Novelle zur Preußischen hat die Unzulässigkeit auf die Fälle präzisirt: »wenn in demselben Konkurse bereits ein Akkordverfahren eröffnet gewesen und durch Ablehnung der Gläubiger oder durch Erkenntniß oder dadurch beendigt worden ist, daß der Gemeinschuldner nach öffentlicher Bekanntmachung des Akkordtermins seinen Antrag zurückgezogen hat.« — Daß bei gerichtlicher Verwerfung des einen Akkordes einem neuen Akkorde nicht die Einrede rechtskräftiger Entscheidung entgegengestellt werden könnte, unterliegt zwar keinem erheblichen Bedenken; war die Verwerfung jedoch erfolgt aus dem Grunde, daß die Bestätigung dem allgemeinen Kredit hätte nachtheilig sein müssen, so wird dieser Grund jedem neuen Akkorde entgegenstehen, und darum wird die Wiederholung eines Akkordes in diesem Fall legislativ für unzulässig erklärt werden können und müssen. Nicht so in dem Fall die Verwerfung wegen mangelnder Förmlichkeiten (Entwurf §. 180. Nr. 1.) oder wegen des entgegenstehenden Interesses der Gläubiger erfolgt ist, noch weniger, wenn der Akkordvorschlag von den Gläubigern abgelehnt oder von dem Gemeinschuldner zurückgezogen worden war. Der Inhalt des ersten Akkordvorschlages kann von dem späteren nach der Höhe der Prozentsätze, der Art ihrer Zahlung, ihrer Sicherstellung und in sonstiger Beziehung erheblich abweichen; die jetzige Lage des Gemeinschuldverfahrens und der Gemeinmasse kann gegen die frühere sich wesentlich verändert haben; die Beurtheilung der sich

---

1) Für die erstere Alternative: Makower, Studien S. 57 ff.; Meyer in der Preußischen Gerichtszeitung 1861 S. 39; Güterbock, Mängel S. 16; für die letztere: Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 12. Juni und 12. Juli 1860 (Entsch. Bd. 44. S. 263 ff. und Striethorst, Archiv Bd. 37. S. 345).

2) Rénouard II. p. 109, 110.

gleich gebliebenen Verhältnisse kann eine andere und richtigere geworden, die frühere Mehrzahl der Gläubiger durch Hinzutritt anderer zu einer geringen Minderzahl geworden sein [1]). Weil der damalige Akkordvorschlag den damaligen Verhältnissen oder den Anschauungen der damaligen Majorität nicht entsprochen, nunmehr gesetzlich jeden neuen oder die jetzige Vorbringung des alten Akkordes zu verbieten, hieße das Kind mit dem Bade ausschütten. Angesichts jener Fruchtlosigkeit wird für den neuen oder wiederholten Akkord die Beurtheilung der Gläubiger und die gerichtliche Prüfung eher verschärft als vermindert sein. Jede gesetzliche Schranke, welche das erste Mal dem Fortgang des Gemeinschuldverfahrens Einhalt gethan haben mochte, ist jetzt fortgefallen. Freilich, wirft man ein [2]), liegt die Möglichkeit nahe, daß thatsächlich die Gläubiger durch Zulassung wiederholter Akkordversuche mürbe gemacht werden können, daß der Verwalter, in dessen Hand die Verwerthung der Masse liegt, sich bestimmen lassen möchte, sie auszusetzen, bis der neue Versuch sich entschieden. Diese thatsächlichen Erwägungen, rechtfertigen sie auch nicht ein gesetzliches Verbot, entbehren nicht des Grundes. Sie erfordern eine thatsächliche Prüfung des einzelnen Falles. Der Entwurf legt ihre Beurtheilung in die Vorprüfung des Gläubigerausschusses.

§§. 169—171.

V. Die Vorprüfung des Gläubigerausschusses soll von rechtlicher und von thatsächlicher Wirkung sein.

In ersterer Hinsicht setzt sie der Entwurf (§. 170.) vorwiegend an die Stelle gesetzlichen Verbots der Unzulässigkeit eines Akkordes da, wo die konkrete Natur des Bedenkens eine besondere, der jeweiligen Lage der Sache Rechnung tragende Entscheidung verlangt. Die Entscheidung dem Richter zu übertragen, wie das Dänische Gesetz §. 101. e. f. g. Mangels nachfolgender Prüfung des Akkordes durch das Gericht es vorschreibt, würde eine schwer durchführbare inquisitorische Thätigkeit desselben bedingen. Will der Entwurf weder von der Verhandlungsmaxime noch von dem Prinzip der Selbstbestimmung der Gläubiger abweichen, so kann er die Entscheidung dem Organe derselben, dem Gläubigerausschuß, nicht entziehen. Um aber die Wahrnehmung sowohl des allseitigen Interesses der Gläubiger, auch derer, welche thatsächlich den bestehenden Ausschuß nicht gewählt haben, als des Interesses des Gemeinschuldners in möglichster Weise zu sichern, knüpft der Entwurf eine Zurückweisung des Akkordvorschlags durch den Ausschuß an die Zustimmung des Gemeinverwalters, dessen Stellung und Sachkenntniß eine mehr als

1) Vergl. Hartmann in Gruchot's Beiträgen Bd. 2. S. 283—293.

2) Makower S. 59, 63; Kommissionsbericht des Preußischen Abgeordnetenhauses über die Novelle S. 13. 14.

begutachtende Mitwirkung erfordert[1]). Außer dem erörterten Fall einer Wiederholung des Akkordverfahrens soll die Befugniß, die Einleitung desselben zurückzuweisen, gewährt werden, wenn noch nicht die Hälfte der Gemeinforderungen festgestellt oder vorläufig zugelassen, also zur Abstimmung über den Vergleichsvorschlag reif ist. Die Berücksichtigung dieses äußerst erheblichen Umstandes würde nach der Preußischen Konkursordnung erst bei der gerichtlichen Prüfung der Bestätigung möglich und nur schwer unter den Gesichtspunkt des »Interesses« der Gläubiger oder der öffentlichen Ordnung zu bringen sein.

Im übrigen wird der Gläubigerausschuß dem Willen der einzelnen Gläubiger nicht vorgreifen dürfen; die Annehmbarkeit des proponirten Vergleichs zu entscheiden, ist nicht Sache der allgemeinen Verwaltung, sondern individueller Entschließung. Wohl aber empfiehlt es sich, daß der Ausschuß in allen Fällen, in denen der Vergleichsvorschlag nicht zurückgewiesen werden kann oder wird, die Annehmbarkeit desselben begutachtend prüfe (§. 171). Dem verneinenden Ausspruch ist die rechtliche Wirkung beizumessen, daß er einen Widerspruch des Gemeinschuldners gegen die fortschreitende Versilberung der Masse (Entw. §§. 133. 135. Abs. 3.) entkräftet. Vorzugsweise indeß fällt der thatsächliche Einfluß ins Gewicht, den die Vorprüfung in allen Fällen üben wird. Sie wird das geeignetste Mittel bilden, dem Organ der Gläubiger die unentbehrliche Information für sie zu beschaffen, den geeignetsten Weg, die Vergleichsbedingungen dem Stand der Sache entsprechend mit dem Gemeinschuldner zu reguliren, und wird den sichersten Anhalt bieten, dem einzelnen, namentlich entfernten Gläubiger für seine Entschließung, dem Schuldner für die Aufrechterhaltung seines Vorschlags.

Sonach muß der Gemeinschuldner sich mit demselben zuerst an den Gläubigerausschuß wenden (§. 169). Die Ueberreichung wird er zum Protokoll des Prüfungstermins zu konstatiren haben, um den Eintritt der ihm durch die §§. 135. 151. zugesicherten Wirkungen außer Zweifel zu stellen. Daß er verpflichtet sein muß, vor dem Gläubigerausschuß persönlich zu erscheinen, sowie daß dieser den Gemeinverwalter zuzuziehen hat, bedarf nach Vorstehendem keiner Begründung.

§§. 172—174.
Pr. K. O. §§. 183. 184.
VI. Vorbereitung des Abschlusses.

Der Entwurf erachtet es mit fast allen Gesetzgebungen für unerläßlich, daß über den Vergleichsvorschlag in einem zu dem Zweck anzusetzenden gerichtlichen

[1]) Das englische Gesetz, s. 28, macht sogar die Wirksamkeit eines jeden Vergleichs von der Zustimmung des trustee abhängig.

Termin Beschluß gefaßt werde. Nur was in diesem verhandelt ist, kann die Grundlage für die richterliche Bestätigung und die weiteren rechtlichen Folgen sicher bilden; was vorher geschehen, dient nur zur Vorbereitung des Ergebnisses; nachträgliche Ergänzungen und Aenderungen sind einflußlos auf dasselbe.

Darum muß der Gemeinschuldner in dem Vergleichstermin persönlich erscheinen; er allein ist im Stande, über alle seine Verhältnisse, sein früheres Verhalten, seine jetzige Lage und seine Aussichten, über die einzelnen Werthe der Aktivmasse, sowie die erhobenen Ansprüche schuldige Auskunft zu geben. Schon in frühen Zeiten[1]), und nicht blos in Deutschland[2]), ist die persönliche Gegenwart des Gemeinschuldners obligatorisch gemacht. Eine Vertretung desselben darf nur bei unabwendbaren Hindernissen zugelassen werden; über sie kann nur das diskretionäre Ermessen des Gerichts entscheiden. Das unbegründete Ausbleiben muß als Zurücknahme des Vergleichsvorschlages gelten (Entw. §. 174).

Aus demselben Grunde können nur diejenigen Erklärungen der Gläubiger für den Abschluß entscheiden, welche von ihnen oder für sie gültig in dem Vergleichstermine abgegeben werden. Die davon abweichenden Bestimmungen der Bremer Debitverordnung (§§. 174. 177.) öffnen dem sog. Kolportiren des Akkordvorschlages Thür und Thor. Nur zu leicht läßt der einzelne Gläubiger sich außerhalb der Verhandlung, sei es durch Ueberredung zu nicht erwogenem Beitritt gewinnen, sei es zur Stipulation besonderer Vortheile bestimmen.

Das Gesetz hat für eine ausreichende Vorbereitung der Gläubiger zu sorgen. Außer der öffentlichen Bekanntmachung des Vergleichstermins, — dessen Ansetzung zu bewirken, nicht dem Gemeinschuldner, sondern, um Verschleppungen zu verhüten, dem Verwalter als dem Organ für das Gemeinschuldverfahren zu übertragen sein wird —, ist es geboten, vorbehalts der Bestimmung des §. 98. Abs. 3. die zur Theilnahme berechtigten Gemeingläubiger besonders zu laden. Der §. 173. verlangt zugleich Mittheilung des Vergleichsvorschlags und der Erklärung des Gläubigerausschusses an dieselben. Daß außerdem Inventar und Bilanz auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht offen liegen, braucht in der Ladung nicht ausdrücklich bemerkt zu werden (Preuß. Konk. Ordn. §. 183). Das mitunter gestellte Verlangen[3]), auszugsweise einen Status anfertigen und den Gläubigern zustellen zu lassen, würde eine kostspielige Schreiberei ohne wesentlichen Nutzen verursachen; der Auszug würde nie vollständig sein und den Gläubigern die Mühe eigener In-

1) Vergl. u. a. das Sächsische Banqueroutiermandat §. 11.

2) Z. B. Code art. 519. (Rogron p. 527, Grimm u. Broicher Nr. 3.); Oesterreichische Konk. Ordn. §. 215.; Dänisches Konk. Ges. §. 103.

3) Beschluß des ersten Preußischen Handelstages (Berlin) VI. Nr. 3.

formationseinziehung über einzelne Aktiva oder Passiva, über die Sicherheit von Pfand, Bürgen u. s. w. nicht abnehmen; er ist doppelt entbehrlich neben der Auskunft, die der Gläubigerausschuß zu ertheilen im Stande und Willens sein wird.

Um die Stimmberechtigung der Gläubiger vorzubereiten, bedarf es des schon zu §§. 91—93. gedachten preußisch-österreichischen Erörterungstermins nach den Vorschlägen des Entwurfs nicht mehr. Mit der Prüfung jeder streitig gebliebenen und nicht inzwischen durch vollstreckbares Urtheil im besonderen Prozeß festgestellten Forderung ist über deren Zulassung zum Abstimmen durch das Gericht bereits entschieden. Nach dem Prüfungstermin angemeldete Forderungen werden in der Regel noch vor dem Vergleichstermin zur Prüfung gebracht werden können (Entw. §. 148). Für die geringen Ausnahmen wird es dem Richter nicht schwer fallen, die Entscheidung in Gemäßheit des §. 92. Abs. 2. noch vor der Verhandlung in dem Vergleichstermin zu treffen; die Gefahr einer ungenügenden Vorbereitung und demnach ungünstigen Entscheidung wird die Gläubiger von zu späten Anmeldungen zurückschrecken. Anmeldungen im Vergleichstermin selbst dürfen nicht an- oder aufgenommen werden (§. 92. Abs. 3. §. 139). Es bleibt sonach möglich und empfehlenswerth, auf Grund der Tabelle eine Liste der stimmberechtigten Gläubiger und Forderungen vor dem Vergleichstermin vorzubereiten; sie kann nur freilich wegen der beregten Festsetzungen erst in dem Termin abgeschlossen werden.

Den Gang des Termins hat der Richter zu leiten. Nach Feststellung der Stimmrechte wird er die Verhandlung über den Vergleichsvorschlag eröffnen; der Gemeinschuldner hat ihn zu begründen, der Verwalter und Gläubigerausschuß sich gutachtlich zu äußern; nur mit Zustimmung des letzteren erscheint eine Abänderung des seiner Vorprüfung unterlegenen, den Ladungen der Gläubiger beigefügten Vorschlags zulässig (Entw. §. 174). Der Richter hat dafür zu sorgen, daß der Vorschlag genau und vollständig abgefaßt, den gesetzlichen Bestimmungen gemäß sei, eine Abstimmung mit Ja oder Nein, und im Fall der Annahme und Bestätigung eine Aufhebung des Verfahrens nach Vorschrift des Gesetzes ermögliche. Die Befugniß, durch Mehrheitsbeschluß (§. 91.) die Abstimmung über den Vergleichsvorschlag bis zu einem neuen Termin auszusetzen (Preuß. Konk. Ordn. §. 184. Abs. 3.), braucht der Entwurf den Gläubigern nicht beizulegen, da dem ständigen Gläubigerausschuß die Klarstellung der Sache obliegt und, falls ausnahmsweise wegen ungenügender Aufklärung der Vergleich abgelehnt wird, eine Wiederholung des Vergleichsvorschlages zugelassen ist. — Enthält der Vergleich mehrere selbständige Stipulationen, so kann über die einzelnen Stipulationen getrennt abgestimmt werden; jedoch sind die angenommenen

Stipulationen nochmals im Ganzen zur Abstimmung zu bringen. Wird in solcher Weise der Vergleichsvorschlag in einzelnen Theilen angenommen, in anderen abgelehnt, so gilt der Vergleich nur dann als geschlossen, wenn der Gemeinschuldner und die etwa für ihn eingetretenen Dritten in den Wegfall der abgelehnten Stipulationen ausdrücklich willigen. — Der wesentliche Hergang der Verhandlung, die Entscheidungen des Gerichts, die Abänderung des Vergleichsvorschlages, die Abstimmung der Gläubiger und die Verkündung ihres Resultats müssen in das Protokoll oder eine Anlage aufgenommen werden, der Unterzeichnung desselben durch die Betheiligten (Code 522., Franz. Fall. Ges. 509., Holländ. H. G. B. 843. u. s. w.) bedarf es nicht (vergl. den Entwurf des Gerichtsverfassungsgesetzes §. 152).

§. 177.
Pr. K. O. §§. 186—188.
VII. Abstimmung.

Das Recht zur Theilnahme an dem Beschlusse und die Fassung desselben ist schon durch die allgemeinen Bestimmungen der §§. 66—72. und 91—93. geregelt und zu denselben erörtert worden.

Es kann sich nur noch um Ausnahmebestimmungen handeln.

Von einigen Seiten wird auf eine Einschränkung des Stimmrechts gedrungen. Man wünscht insbesondere:

1) die Ehefrau und die nächsten Verwandten des Gemeinschuldners, sowie

2) diejenigen, welche erst nach der Zahlungseinstellung sich haben Forderungen cediren lassen, von der Berechtigung zum Mitstimmen auszuschließen, weil die Erfahrung lehre, daß diese Personen zum Nachtheil der übrigen Gläubiger mit dem Gemeinschuldner gemeinschaftliche Sache machen, und der Nachweis, daß eine unbegründete Forderung oder unstatthafte Abfindung vorliege, schwer zu erbringen sei[1]).

Dem entsprechend versagt das Spanische Handelsgesetzbuch (1154.) der Ehefrau, und das Dänische Konkursgesetz (106.) auch den nächsten Verwandten das Stimmrecht. Für die rechtsbegründeten Forderungen derselben erscheint dies jedoch als Rechtsverweigerung und doppelt hart, wenn man erwägt, daß der Kredit dieser Personen meist zu einer Zeit in Anspruch genommen ist, als bei Anderen der Gemeinschuldner keinen Kredit mehr fand. Zudem ließe die Vorschrift durch frühzeitiges Vorschieben Dritter sich leicht umgehen. Man müßte alle Rechtsnachfolger

---

1) §. 184. des Entwurfs einer Sächsischen Konkursordnung und Motive S. 798; Antrag der Stettiner und Danziger Kaufmannschaft; Lesse, Akkord S. 27.

der Verwandten wie diese behandeln, ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt der behaupteten Cession[1]), — und das möchte gewiß zu weit führen.

Das Dänische Gesetz erfüllt auch den zweiten Wunsch; es läßt keine Cession nach der Zahlungseinstellung zu (§. 106). Allein schon zu §§. 91—93. wurde hervorgehoben, daß die Zahlungseinstellung weder die Gläubiger verhindere, ihre Forderungen ganz oder theilweise abzutreten, noch bedinge, daß die Forderungen in Zahl und Höhe unverändert bleiben. Eine Cession kann vollkommen redlich erfolgen, aus tadellosen und gewichtigen Gründen. Der gesetzliche Ausschluß der Cessionare würde die Forderungen außer Verkehr setzen, die oft bedrängten Gläubiger doppelt schädigen und den allgemeinen Kredit gefährden.

Dasselbe trifft zu, will man

3) die Theilung einer Forderung verwehren. Freilich, wenn es noch ein und dieselbe Forderung ist, die mehrere Personen zu bestimmten Theilen oder ungetheilt erworben haben, so können diese nur zusammen für eine Person gelten, und sie müssen sich untereinander über Ausübung des Stimmrechts verständigen (Preuß. Konk. Ordn. §. 186. Nr. 1). Das folgt aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen[2]). Nicht gerechtfertigt aber ist es, mehrere Gläubiger mit ihren getrennten selbständigen Forderungen für eine Person gelten zu lassen, weil die Beträge früher in einer Forderung vereinigt waren. In dieser Weise entkräftet die Oesterreichische Konkursordnung §. 217. Nr. 1. jede nach der Zahlungseinstellung geschehene Theilung, und die französische Jurisprudenz[3]) sucht die fixirende Wirkung an die Verifikation der Forderung zu knüpfen. Das eine ist so willkürlich wie das andere; die verschiedenen Gläubiger müssen ebenso als Mehrere gelten, wie bei einer Vereinigung mehrerer Forderungen in einer Hand der Gläubiger nur als eine Person zählen kann.

Daß übrigens alle Cessionare und die Verwandten stets für den Akkord stimmen werden oder daß, sofern sie es thun, der Akkord zum Nachtheil der übrigen Gläubiger gereichen muß, ist keineswegs anzunehmen. Den Mißbräuchen aber, welche durch das Auftreten solcher Personen allerdings vorgekommen sind und zur Vorsorge mahnen, läßt sich besser und ausreichend durch das Anfechtungsrecht, durch Strafbestimmungen und vor allem durch die gerichtliche Prüfung der Bestätigung des Akkordes begegnen. —

---

1) So §. 184. des Sächsischen Entwurfs; die Danziger Kaufmannschaft hat den willkürlichen Zeitraum von 3 Monaten vor der Konkurseröffnung vorgeschlagen.

2) quia unum debitum est l. 9. pr. D. de pactis 2. 14.

3) Rénouard II. p. 19; Kommissionsbericht der Belgischen Kammer zu art. 512. des Gesetzes, Ranwet Note 2; dagegen Dalloz: faillite No. 687.

Nach der anderen Seite macht die eingreifende Wirkung des Akkordes ohne Zweifel eine Erweiterung der Majoritäten nöthig. Sonst ist ein Beschluß gültig, wenn von den im Termin erschienenen oder vertretenen stimmberechtigten Gläubigern die einfache Mehrzahl nach Köpfen denselben fassen und deren Forderungen mehr betragen, als die der andersstimmenden Gläubiger (§§. 91. 93). Für den Akkord finden sich fast in allen Gesetzgebungen zwei Abweichungen vor, eine Erhöhung des Bruchtheils namentlich von der Summenzahl, — Bremen (§. 182.) zwei Drittel, England (bankruptcy act s. 16 d. 28; Joint Stock Comp. arr. act. s. 2.), Frankreich (Code 519. 522; Fall. Ges. 507.), Preußen (§. 186.) drei Viertel, Spanien (art. 1153.) drei Fünftel der Summen, Holland (841.) zwei Drittel der Personen und drei Viertel der Summen oder drei Viertel der Personen und zwei Drittel der Summen, Oesterreich (217.) zwei Drittel der Personen und drei Viertel der Summen, Dänemark (108.) drei Viertel der Summen und zwei Drittel, falls aber der Akkord nicht mindestens 50 Prozent bietet, drei Viertel der Personen, — sowie ferner die Zählung nicht blos der abgegebenen, sondern aller berechtigten Stimmen, also auch der abwesenden Gläubiger, dergestalt, daß jene Bruchtheile genommen werden entweder von der Gesammtzahl aller stimmberechtigten Gläubiger und Forderungen, wie in Frankreich, Belgien und Holland[1]), oder zwar nur von der Personenzahl der Anwesenden, aber von der Gesammtsumme aller zum Stimmen berechtigenden Forderungen, wie nach dem Code, der Preußischen und Oesterreichischen Konkursordnung, dem Spanischen Handelsgesetzbuch und dem Dänischen Konkursgesetz. Das letztere giebt selbst den bestrittenen Forderungen für den Akkord Stimmberechtigung (§. 107.), und das Spanische zählt alle aus der Bilanz hervorgehenden Forderungsbeträge. Für die Stimmberechtigung aber kann am wenigsten bei dem Akkord von der vorgängigen Anmeldung und Prüfung, mindestens vorläufigen Prüfung, Abstand genommen werden (vergl. aber §. 179. des Entwurfs); und was die Stimmzählung betrifft, so erscheint das Interesse der Abwesenden genügend gewahrt, wenn bei der Summenzahl ihre stimmfähigen Forderungen berücksichtigt werden; für die Personenzahl von dem Prinzip des §. 93. abzuweichen, möchte schwerlich zum Nutzen der Sache dienen. Der Entwurf verlangt daher zur Annahme des Vergleichs, daß über die Hälfte der in dem Termin anwesenden oder vertretenen stimmberechtigten Gläubiger demselben zustimmt und daß die Summe ihrer Forderungen wenigstens drei Viertel von dem Gesammtbetrage aller stimmfähigen Forderungen ausmacht. Der Entwurf weicht sonach von der Preußischen Konkursordnung nur insofern ab, als die

1) Rénouard II. p. 15; Ranwet Note 2; Holtius: het nederlandsche falliten regt etc. Utrecht 1850 p. 357.

Stimmberechtigung nach ersterem noch bis zum Vergleichs-, nach letzterem nur bis zum Erörterungstermin erworben werden kann.

Wird eine der erforderlichen Majoritäten ohne die andere erzielt, so kann man den Versuch nicht als erfolglos betrachten. Das Französische Recht (Code 522., Fall. Gef. 509., Belg. Fall. Gef. 515.) und nach ihm das Holländische (842.), Preußische (187. 188.), Oesterreichische (218. 219.) und Dänische (109.) schreiben in diesem Fall die einmalige Wiederholung der Beschlußfassung in einem neuen Termin obligatorisch vor. Der Entwurf (§. 177.) giebt nur dem Gemeinschuldner die Befugniß, die Wiederholung zu verlangen. Der Antrag und die Verkündung des neuen muß vor dem Schluß des Vergleichstermins erfolgen. Für den neuen Termin gelten alle für den ersten ertheilten Vorschriften; die Verhandlung ist in allen Theilen zu wiederholen; die früheren Erklärungen haben an sich keine Wirkung.

§§. 178—182.

Pr. K. O. §§. 190—196.

VIII. Bestätigung.

Dem einleitend entwickelten Satze, daß der angenommene Vergleich, um rechtliche Wirkung zu haben, von dem Gericht bestätigt sein muß, stellt der Entwurf den entsprechenden Satz gegenüber und an die Spitze seiner Vorschriften: daß das Gericht den geschlossenen Vergleich bestätigen soll. Von dieser Regel macht er zwei Ausnahmen:

1. Die Bestätigung darf nicht ertheilt werden, wenn nachträglich einer der im §. 168. genannten Fälle der Unzulässigkeit eines Akkordes eingetreten ist (§. 178). Die Fälle bestehen in unzweideutigen Thatsachen; zu ihrer Feststellung bedarf es keiner mündlichen Verhandlung (Spanisches Hand. G. B. 1159). Erfolgt die Versagung ohne solche, so steht gegen den zurückweisenden Beschluß die Beschwerde offen.

2. Das Gericht kann den Vergleich aus in der Sache liegenden Gründen verwerfen (§. 189). Diese Verwerfung, wie jede Bestätigung setzt eine Prüfung der Sachlage voraus; sie kann nicht anders geschehen, als nach vorgängiger mündlicher Verhandlung durch Endurtheil. Die §§. 178. Abs. 2. bis 180. suchen die als nothwendig erwiesene Verhandlungsmaxime durchzuführen. Sie erübrigt vor allem das s. g. Einspruchs- und Oppositionsverfahren, welches dem inquisitorischen Offizialprinzip des Code de commerce seinen Ursprung verdankt. Der Code (art. 526.) ermächtigt das Gericht, von Amtswegen die Bestätigung des Konkordats zu versagen pour cause d'inconduite ou de fraude. Eine

Verletzung ihrer Interessen oder der für das Verfahren und den Abschluß des Konkordats gegebenen Vorschriften müssen und können die Gläubiger im Wege der Opposition geltend machen; über solche Oppositionen wird in besonderen Prozessen nach Prozeßgrundsätzen entschieden, bevor das Konkursgericht über die Bestätigung des Konkordats erkennt (art. 524.); und zwar ist das Konkursgericht als Handelsgericht zur Entscheidung über die Oppositionen nur dann kompetent, wenn die Kontestationen sich auf Akte oder Geschäfte gründen, welche nach allgemeinen Vorschriften zur Kompetenz der Handelsgerichte gehören, während in allen anderen Fällen die Oppositionen durch die Civilgerichte abgeurtheilt werden (Art. 635). Daß durch diese Anordnung das Verfahren zerrissen und aufgehalten, die Prüfung der Statthaftigkeit des Vergleichs zum Nachtheil der Sache zerstückelt verschiedenen Gerichtsbehörden oder Richtersprüchen überliefert und zugleich für alle eingeengt wird, war ein so fühlbarer Uebelstand, daß bereits das Französische, nach ihm das Belgische Fallimentsgesetz (art. 512—515. resp. 516. 517.), sowie das Spanische und Holländische Handelsgesetzbuch (1157—1159. resp. 845—847.) und am vollständigsten die Preußische Konkursordnung (§§. 191—193.) die Rechtsprechung über die Bestätigung des Vergleichs und über die erhobenen Einsprüche der Gläubiger in eine Hand und ein Urtheil vereinigt legte. Das Konkursgericht soll entscheiden über Beides. Zugleich aber wurde dessen Offizialbefugniß erweitert; es soll auch über die Wahrung der Förmlichkeiten und namentlich der Interessen der Gläubigerschaft befinden. Da dieses Befinden ihm von Amtswegen zusteht und obliegt, so mußte das Einspruchsrecht der Gläubiger als ein nebenher laufendes Rechtsmittel konstruirt werden, und doch wieder als ein Rechtsmittel ohne eigentlich prozessualisches Verfahren; namentlich konnte das Gericht an das Vorbringen, die Erklärungen und Zugeständnisse der Einspruchsparteien nicht gebunden werden. Der Entwurf kann mit diesen Sonderheiten aufräumen.

In dem (auf Betreiben der fleißigsten Partei, Französ. Fall. Ges. art. 515.) von dem Gericht in entsprechender Frist zu bestimmenden und bekannt zu machenden **Verhandlungstermine** muß der Antrag auf Bestätigung oder Verwerfung nach den Grundsätzen der Prozeßordnung begründet werden. Diese erleiden nur insofern eine Modifikation, als nicht nothwendig ein Rechtsstreit vorzuliegen braucht. Dem Gemeinschuldner braucht eine Partei mit entgegengesetztem Antrage nicht gegenüberzustehen. Es ist weder zulässig, den Gemeinverwalter als negirende Partei zu behandeln, noch geboten, mit dem Französischen Fallimentsgesetz art. 512. dem Verwalter für das Bestätigungsverfahren überhaupt eine Parteirolle zu geben. Es genügt, die gutachtliche Anhörung desselben, wie des Gläubigerausschusses, vorzuschreiben (Entw. §. 179. und §. 182. Abs. 5.) und als Partei neben und gegen-

über dem Gemeinschuldner die Gläubiger zuzulassen. In letzterer Hinsicht ist es unbedenklich, jeden Gläubiger, welcher zur Zeit des Vergleichsabschlusses berechtigt war, an demselben Theil zu nehmen, zu dem Antrag auf Verwerfung zuzulassen, selbst wenn er an dem Abschluß nicht Theil genommen hatte oder von der Theilnahme zu Unrecht ausgeschlossen war[1]). Selbst ein solcher Gläubiger, der für den Vergleich gestimmt hat, wird die Verwerfung beantragen können, zumal wenn seine Zustimmung durch Betrug, aus Irrthum u. s. w. erfolgt war[2]). Ebensowenig verbietet es sich, daß ein Gläubiger, der gegen den Vergleich gestimmt hat, nunmehr dennoch die Bestätigung beantragt. Aber schon das Französische und Belgische Fallimentsgesetz gehen weiter. Sie gestatten die Opposition auch den Gläubigern, welche das Recht zur Theilnahme am Konkordat seitdem erworben haben (art. 512. 516). Der Entwurf glaubt sogar hierbei nicht stehen bleiben zu dürfen. Wie die Wirkung des geschlossenen Vergleichs sich über den Kreis der Stimmberechtigten auf diejenigen Gläubiger erstreckt, die ihre Forderung nicht angemeldet oder nicht zur Stimmberechtigung gebracht haben, so müssen diese Gläubiger, wenn sie nur ihre Forderung dem Gericht glaubhaft machen (Entw. der Proz. Ordn. §. 251.), berechtigt sein, über die Bestätigung oder Verwerfung des Vergleichs zu verhandeln.

Das Gericht kann die Bestätigung auch ohne Antrag ertheilen (Entw. §. 178. Abs. 1). Die Verwerfung ist es ohne Antrag auszusprechen befugt, wenn das vorhergegangene Verfahren oder der Vergleich selbst an wesentlichen Mängeln leidet. Solche von Amtswegen zu prüfen und zu rügen, widerspricht durchaus nicht der Verhandlungsmaxime. Selbst ein stillschweigender oder ausdrücklicher Verzicht der auftretenden Parteien kann hier allgemeine Mängel nicht heilen[3]), weil das Urtheil über den Kreis dieser Parteien hinaus ergeht. Das Gericht ordnet entweder durch Vorbescheid die Ergänzung des Fehlenden an, oder setzt geeignetenfalls die Verhandlung aus (Entw. der Proz. Ordn. §. 134.), oder erkennt auf Verwerfung. Es muß ihm dabei eine diskretionäre Gewalt zugestanden werden, inwieweit es die nicht beobachteten Vorschriften für wesentlich und die Verwerfung bedingend zu erachten hat.

Daß eine Verwerfung aus anderen Gründen nur insoweit erfolgen kann, als darauf ein Antrag gestellt und begründet wird, ist schon einleitend im Zusammenhang darzulegen versucht worden; es sind nur noch die Verwerfungsgründe

---

1) Erkenntniß des Preuß. Ober-Tribunals vom 10. Oktober 1859 (Entsch. Bd. 44. S. 276).
2) Boulay-Gaty No. 272.
3) Rénouard II. p. 58; s. dagegen Dalloz ann. 1822. II. 25. arrêt du 22 Juin 1820; cf. Pardessus No. 1243.

festzustellen. Der Entwurf erkennt drei allgemeine Gründe an. Die Verwerfung soll gegründet werden können:

1. darauf, daß der Vergleich durch Betrug, insbesondere durch heimliche Begünstigung eines Gläubigers zu Stande gebracht ist. Unter diesen Gesichtspunkt kann namentlich auch das Stimmkaufen und Auskaufen eines Gläubigers fallen. Der heimlichen Begünstigung aber wird die offenkundige nicht gleichgestellt werden dürfen; sie ermangelt des betrügerischen Elements und wird sowohl durch die Bestimmung des §. 175. als durch das Anfechtungsrecht hinreichend vorgesehen;

2. darauf, daß der Vergleich das Interesse aller Gemeingläubiger verletzt oder

3. daß die Bestätigung des Vergleichs den allgemeinen Kredit benachtheiligen würde. In letzteren beiden Beziehungen weicht der Entwurf von der mit dem Französischen Fallimentsgesetz übereinstimmenden Preußischen Konkursordnung grundsätzlich nicht ab. Verschieden ist einmal der Ausdruck. Dort heißt es: »Interesse der öffentlichen Ordnung« — »intérêt public«. Dieser Ausdruck hat mit Recht Anstoß gefunden. Zu eng ist die Auffassung, die das Vorhandensein strafbarer Handlungen verlangt, zu weit diejenige, welche den Ausdruck identifizirt, »mit den allgemeinen Interessen des Staats, der bürgerlichen Gesellschaft und der Sittlichkeit«[1]). Um der Unbestimmtheit zu entgehen, hat man vorgeschlagen, an die Stelle dessen zu setzen: »unlauteres Verhalten des Gemeinschuldners«[2]) (inconduite des Code art. 526). Es mag dahingestellt bleiben, ob dieser Ausdruck sich einer größeren Bestimmtheit erfreut, er ist jedenfalls nicht ausreichend. Das unlautere, strafwürdige und tadelnswerthe Verhalten des Gemeinschuldners vor und nach der Konkurseröffnung ist zwar von der größten Erheblichkeit, doch nicht unmittelbar entscheidend. Da der Akkord nicht als Wohlthat für den Gemeinschuldner, die Verwerfung des Akkordes nicht als Bestrafung desselben gelten soll, so kommt das unlautere Verhalten nur sofern in Betracht, als dasselbe und die Bestätigung den allgemeinen Kredit berührt. Und dieser kann nicht blos durch das unlautere Verhalten des Gemeinschuldners bedroht sein; Gläubiger können es gewesen sein, die durch unlauteres Angebot ihres Kredits, durch Ausnutzen der Verlegenheiten des Schuldners seine Zahlungsunfähigkeit herbeigeführt, die ihn zu leichtfertigen Spekulationen benutzt haben und jetzt den Akkord zu Stande bringen, um etwa gar mit dem »flott« gewordenen Schuldner das Spiel von neuem zu beginnen; der Inhalt des Akkordes, die durch ihn übernommenen Verpflichtungen, vor allem die Art seines Zustandekommens kann mit

---

1) Erkenntniß des Preuß. Ober-Tribunals vom 10. Juli 1858 (Striethorst, Archiv Bd. 30. S. 182).

2) Güterbock S. 12 ff.; Makower S. 72, 73.

den Grundsätzen, auf denen der allgemeine Kredit beruht, sehr oft und grell in Widerspruch treten. Die Rücksicht auf den allgemeinen Kredit ist es auch, welche die Verwerfung jedes Akkordes verlangt,

»wenn der Gemeinschuldner schon früher einmal in Konkurs verfallen war und nicht überzeugend darzuthun vermag, daß er lediglich durch unverschuldetes Unglück wieder in diese Lage gerathen ist.«

Die Preußische Konkursordnung greift in §. 193. Nr. 2. diesen Fall besonders heraus. Durch den Zusatz möglicher Entschuldigung vermeidet sie die Härte und Nachtheile, welche für die Gläubiger wie den Schuldner eine unbedingte Unzulässigkeit des Akkordes [1]) in einer großen Anzahl von Fällen haben würde; aber durch diesen nothwendigen Zusatz hört die Bestimmung auf, legislatorisch geboten zu sein, sie wird zu einer Rechtsvermuthung, wo nicht zu einem Fingerzeig für den Richter [2]) herabgedrückt. Und darin liegt der andere formelle Unterschied von dem Entwurf. Die Preußische Konkursordnung hat, nachgebend den besonders lebhaft gewordenen Klagen, noch außer diesem Fall den dispositiven Vorschriften in Nr. 4. hinzugefügt:

»Letzteres« (eine Benachtheiligung des Interesses der Gläubiger) »ist in der Regel anzunehmen, wenn:

a) der Akkord überwiegend durch die Zustimmung solcher Gläubiger, denen neben dem Gemeinschuldner noch andere Personen solidarisch mitverpflichtet sind«, (an denen sie sich also erholen können) »gegen die Stimmen solcher Gläubiger, denen der Gemeinschuldner allein haftet, zu Stande gekommen ist;

b) wenn die erforderlichen Majoritäten an Stimmen oder Kapital nur durch die Theilnahme der im §. 102. Nr. 3. bezeichneten Personen« (Verwandten des Gemeinschuldners) »oder solcher Gläubiger erreicht worden sind, welche erst seit der Konkurseröffnung durch freiwillige Rechtsgeschäfte Eigenthümer der Forderungen geworden sind, mit denen sie für die Annahme des Akkordes gestimmt haben.«

Es sind dies sehr bemerkenswerthe Beispiele, für welche die Aufmerksamkeit der Parteien und Gerichte hat verschärft werden sollen. Aber es sind nur Beispiele; man könnte sie ebenso sehr, vielleicht noch richtiger, von dem Gesichts-

1) Oesterreichische Konk. Ordn. §. 208 b.; Dänisches Konk. Ges. §. 101 a.; letzteres fügt wenigstens hinzu: »und wenn in dem früheren Konkurse den Gläubigern nicht mindestens 75 Prozent gezahlt worden ist.«

2) Vergl. Motive zur Konkursnovelle S. 21, 22; Kommissionsbericht des Abgeordnetenhauses S. 15—17.

punkt des »öffentlichen Interesses«, des allgemeinen Kredits aufstellen; man könnte ihnen jedenfalls noch andere gleichgewichtige Beispiele zur Seite stellen; namentlich würde es mit Rücksicht auf die oben gedachte strengere Behandlung des einfachen Bankerutts[1]) gerechtfertigt erscheinen, die Fälle desselben nachdrücklich hervorzuheben. Sind indeß gesetzliche Exemplifikationen überhaupt selten zum Nutzen, häufig zum Nachtheil, so sind sie hier um so entbehrlicher, als gerade diese Fälle insgesammt der Aufmerksamkeit und richtigen Beurtheilung kaum entgehen können. —

Was die Kosten des Akkordverfahrens betrifft, so schreibt die Preußische Konkursordnung §. 194. vor, daß für das Verfahren und das Erkenntniß keine besonderen Gerichtsgebühren zum Ansatz kommen sollen. Es ist hierbei vorausgesetzt, daß diese Gebühren durch die allgemeinen Pauschgebühren des Konkurses gedeckt sind. Da jedoch das Gerichtskostenwesen nicht überall auf dem Pauschalsystem beruht, so beschränkt der Entwurf (§. 181.) sich darauf, über die Verpflichtung zur Tragung der Kosten, insoweit solche nach den Gerichtskostengesetzen für das Akkordverfahren besonders zum Ansatz kommen, sowie zur Tragung der durch dasselbe den Betheiligten besonders erwachsenen s. g. außergerichtlichen Kosten, Festsetzung zu treffen, — eine Festsetzung, die namentlich durch §. 91. des Entwurfs der Civilprozeßordnung rathsam wird. Die Verpflichtung mußte, abgesehen von den Kosten, welche ein unbegründeter Antrag auf Verwerfung verursacht hat, im Fall der Bestätigung wie der Verwerfung dem Gemeinschuldner auferlegt werden, da er das ganze Akkordverfahren in seinem Interesse extrahirt hat.

Die Zulässigkeit von Rechtsmitteln gegen das Urtheil, mag dasselbe die Bestätigung oder die Verwerfung des Zwangsvergleichs aussprechen, ist überall, nach gemeinem, wie nach französischem und preußischem Recht anerkannt[2]). Die Preußische Konkursordnung (§. 195.) gewährt das Rechtsmittel der Appellation und der Nichtigkeitsbeschwerde. Nach dem Rechtsmittelsystem des Entwurfs der Deutschen Civilprozeßordnung kann nur die Berufung Platz greifen; ein Versäumnißverfahren ist in erster Instanz nicht denkbar. Die Besonderheiten des Konkurses erfordern indeß, die Berufungsfrist (Proz. Ordn. §. 451.) auf eine Woche abzukürzen, das Bestätigungsurtheil für nicht vorläufig vollstreckbar zu erklären (ebenda §. 592. Nr. 1., §. 593.), und die Parteirollen zu regeln (Entw. §. 182). Daß letzteres von der französischen Gesetzgebung unterlassen

---

1) Code art. 521., Dänisches Gesetz §. 101 d.; Antrag der Stettiner Kaufmannschaft vom 15. Dezember 1864 I. 1. — Lesse in Löhr Centralorgan II. 1863 S. 73; v. Stubenrauch, Verhandlungen des sechsten Deutschen Juristentages Bd. 1. S. 42 u. f. w.

2) v. Bayer §. 39. a. E. S. 109; Fuchs S. 79, 94; Schmid, Handbuch des gemeinen Deutschen Civilprozesses, III. Theil 1845 S. 273. — Rénouard II. p. 62 ff.

ist, hat dort die störendsten Kontroversen hervorgerufen. Berechtigt zur Berufung gegen das sie beschwerende Urtheil erscheinen der Gemeinschuldner und alle diejenigen Gläubiger, welche bereits in dem Verhandlungstermin einen Antrag gestellt und sich dadurch zur Partei gemacht haben. Ist die Verwerfung des Vergleichs von Amtswegen ohne Antrag (§. 180. Nr. 1.) erfolgt, so wird neben dem Gemeinschuldner jeder Gläubiger zuzulassen sein, der seine Forderung glaubhaft macht; die Gläubiger hatten keinen Anlaß, einen Antrag auf Bestätigung zu stellen. Die Gegenpartei bestimmt sich durch die Gegnerschaft in dem Verhandlungstermin. Die Berufung gegen das Verwerfungsurtheil wird jedoch auch gegen den Gemeinverwalter zu richten sein; einmal würde sonst, im Fall der Verwerfung ohne Antrag (§. 180. Nr. 1.), ein Gegner fehlen, und überhaupt, auch wenn ein Gläubiger als Gegner aufgetreten ist, werden die Interessen aller übrigen Gläubiger nicht dem Belieben dieser Privatperson überlassen werden dürfen. Die ausschließliche Prozeßgewalt der letzteren und das Gewicht des vorausgegangenen Urtheils wird diese Ausnahme rechtfertigen; im übrigen bleibt der Entwurf bei dem schon oben hervorgehobenen Grundsatz, den Gemeinverwalter für das Akkordverfahren nicht als Partei zu betrachten, — kann daher ihm die Berufung nicht zugestehen[1]). — Betreffs der Kosten des Berufungsverfahrens behält der §. 90. des Entwurfs der Civilprozeßordnung entsprechende Anwendung. — Daß schließlich die Wirkung der endgültigen Entscheidung des Berufungs- oder Konkursgerichts sich auf alle bei dem Akkord Betheiligten erstreckt, ohne Unterschied, ob sie bei dem Bestätigungsverfahren als Partei aufgetreten sind oder nicht, liegt in der Natur der Sache und bedarf keiner ausdrücklichen Festsetzung (Preußische Konk. Ordn. §. 196).

§§. 183. 184.

Pr. K. O. §§. 197. 198. 201.

IX. Wirkung.

Allgemeinheit und Gleichheit waren die Grundlagen, auf welchen die einleitende Erörterung die Natur des Zwangsvergleichs zu entwickeln versuchte. Ihnen würde es widersprechen, mit §. 236. der Oesterreichischen Konkursordnung die Wirkung des Vergleichs zu Gunsten der Gläubiger zu beschränken, deren Forderungen bei Abschluß desselben »berücksichtigt« worden sind. Der Vergleich berücksichtigt alle Gemeinforderungen, mögen sie auch in den Verhandlungen oder in der Bilanz nicht aufgeführt sein. Jeden Zweifel daran wird der erste Absatz des

1) Boulay-Paty No. 268. für, Rénouard II. p. 64 gegen die selbständige Berufung des Verwalters nach französischem Recht.

§. 183. nehmen, indem er die Wirkung des Vergleichs **für und gegen** alle vorrechtlosen Gemeingläubiger ausspricht.

Der Vergleich ist rechtskräftig bestätigt. Im engsten Zusammenhang damit steht die **Vollstreckbarkeitsfrage**. Der §. 201. der Preußischen Konkursordnung beantwortet sie nach drei Richtungen:

1. der Akkord ist gegen den Gemeinschuldner in Ansehung aller Forderungen vollstreckbar, welche in dem Konkurse als richtig festgestellt worden sind; in Ansehung anderer Forderungen findet die Exekution in Gemäßheit des Akkordes erst dann statt, wenn der Gläubiger für die Forderung einen vollstreckbaren Titel erlangt hat;
2. dieselbe Vollstreckbarkeit tritt gegen Dritte ein, welche sich in dem gerichtlichen Akkorde den Gläubigern als Selbstschuldner verpflichtet haben;
3. wegen Forderungen, welche den Wirkungen des Akkordes nicht unterworfen sind, ist die Exekution gegen den Gemeinschuldner ebenfalls zulässig, soweit die Forderungen in dem Konkurse als richtig festgestellt worden sind.

Diese Bestimmungen sind nicht frei von einer Auffassung des Akkordes, welche der Entwurf nicht adoptiren kann, von der Annahme nämlich, daß der Akkord die einzelnen Gemeinforderungen unmittelbar oder mittelbar feststelle. Dieselbe hat sich von der französischen Jurisprudenz[1]) aus weit verbreitet, sie liegt auch jenem §. 236. der Oesterreichischen Konkursordnung zum Grunde. Sie trifft aber weder thatsächlich, noch rechtlich zu. »Der Akkord berührt nicht die innere Beschaffenheit der einzelnen Gemeinforderungen, noch ist er auf deren Feststellung von Einfluß; er enthält für sie kein Anerkenntniß, keinen neuen und keinen anderen Rechtsgrund; er ist weder ein Vergleich über die einzelne Forderung, noch hat er für sie die Wirkung einer Novation«[2]). Aufhebung des Konkurses und Freigabe der Gemeinmasse gegen Zahlung einer bestimmten Quote von allen Gemeinforderungen, soweit solche bestehen, aber gleichviel ob sie genannt und jetzt anerkannt sind oder nicht, ist der Inhalt des Akkordes. Das ist der Gegenstand der Vollstreckbarkeit. Der Vollstreckbarkeitstitel für die einzelne Forderung, also daß für diese Forderung dieses Gläubigers die Akkordquote vollstreckbar ist, liegt außerhalb des Abschlusses und der Bestätigung des Vergleichs. Darum ist der oben zu 1.

---

1) Sirey XIV. 2. 286. u. 287; Pardessus No. 1250.

2) So Erkenntniß des Preuß. Ober-Tribunals vom 7. Juni 1859 (Striethorst, Archiv Bd. 33. S. 290) und des Reichs-Oberhandelsgerichts vom 3. Dezember 1872 (Entsch. Bd. 8. S. 144).

allegirte Schlußsatz (§. 201. Abs. 2.) selbstverständlich, und darum darf der dritte Satz (§. 201. Abs. 3.) nicht, wie es in der Preußischen Konkursordnung geschehen, als eine Ausnahmevorschrift mit Rücksicht auf die Besonderheiten des Akkordes begründet werden. Der Akkord soll für nicht festgestellte Forderungen nicht vollstreckbar sein, obwohl sie unter den Akkord fallen; er soll vollstreckbar sein für festgestellte Vorzugsforderungen, obwohl diese nicht unter ihn fallen! Die Frage der Vollstreckbarkeit einer Gemeinforderung gegen den Gemeinschuldner ist auf dem Gebiete und nach der Tragweite ihrer Feststellung im Gemeinschuldverfahren zu beantworten (Entw. §. 202). Dort wird zu bestimmen sein, ob der erste Satz: Vollstreckbarkeit aller festgestellten Forderungen, unbeschränkte Anerkennung verlangt.

Was der Akkord überhaupt nicht und nicht gegen den Gemeinschuldner begründet, kann er auch nicht gegen die Bürgen begründen. Der Umfang der Bürgschaft freilich wird, gleichwie bei dem Gemeinschuldner, durch den vertragsmäßigen Inhalt und die gesetzliche Wirkung des Vergleichs bestimmt. Die Vollstreckbarkeit der einzelnen Forderung an sich nicht[1]). Auch gegen den Bürgen muß auf den alleinigen Vollstreckbarkeitstitel, — die Feststellung der betreffenden Forderung nach Maßgabe der Gemeinschuldordnung oder der Prozeßordnung (Entw. derselben §. 588. §. 638.) — zurückgegangen werden. Dieser Titel würde aber ebenfalls an sich nicht den Bürgen, vielmehr nur die Partei treffen. Darum muß die Gesetzgebung hier durch ausdrückliche Vorschrift eintreten; aber die Vorschrift darf die gegebenen Grenzen nicht überschreiten. Nur solche Forderungen, welche gegen den Gemeinschuldner vollstreckbar sind, können für vollstreckbar gegen den Bürgen erklärt werden, und nur diejenigen, deren Vollstreckbarkeit bis zum Abschluß des Vergleichs erlangt worden ist. Betreffs dieser Forderungen kann man mit Fug und Recht annehmen, daß der Bürge durch Uebernahme der Bürgschaft sich auch der Vollstreckbarkeit unterworfen habe. Die Unterwerfung braucht keine ausdrückliche zu sein, sie liegt im Wesen der Sache und ist durch die Zwangsnatur des Akkordes zur Sicherung der nicht gegenwärtigen Gläubiger geboten. Sie kann, ohne dem Bürgen zu nahe zu treten, eine gesetzliche sein, mit Ausschluß entgegengesetzter Vorbehalte. Wer sich dem nicht unterwerfen will, darf nicht mit dem Gemeinschuldner die gleichzeitige und solidarische Verpflichtung aus dem Akkord übernehmen. Auf den Bürgen, der nur subsidiär eintritt, kann das Gesetz die so-

1) Das Erkenntniß des Preuß. Ober-Tribunals vom 7. Dezember 1869 (Striethorst, Archiv Bd. 76. S. 321) findet den exekutorischen Titel gegen den Bürgen in dem Bestätigungsurtheil. Die gleiche Auffassung betreffs des Gemeinschuldners herrscht in den Erkenntnissen des Reichs-Oberhandelsgerichts vom 5. Dezember 1871 und 15. Juni 1872 vor (Entsch. Bd. 4. S. 234 und Bd. 6. S. 323).

fortige Vollstreckbarkeit nicht ausdehnen; darin muß der Preußischen Konkursordnung beigetreten werden; nur ist der Ausdruck »Selbstschuldner« nicht überall technisch (Code civ. 2021.) und zu eng; auch dem gewöhnlichen Bürgen, auf den Art. 281. Abs. 2. des Deutschen Handelsgesetzbuchs Anwendung findet, steht die Einrede der Vorausklage nicht zu. Dagegen wird objektiv die Vollstreckbarkeit zu weit ausgedehnt. Wenn das Akkordurtheil den Titel zur Vollstreckbarkeit enthalten soll[1]), so würde man, nach der Preußischen Konkursordnung, alle bis zum Erlaß desselben festgestellten Forderungen für vollstreckbar gegen den Mitschuldner erachten können; maßgebend ist aber der Zeitpunkt des Vergleichsabschlusses. Für die Forderungen, die nicht bis zum Abschluß des Vergleichs einen Vollstreckbarkeitstitel gegen den Gemeinschuldner erlangt haben, ist ein besonderer Titel gegen den Mitschuldner nach Maßgabe der Prozeßordnung zu erzielen. Dieselbe erfordert nicht nothwendig ein Urtheil; die Nr. 4. des §. 638. gewährt eine leichtere Handhabe.

Aus gleichen Gesichtspunkten ist die andere Frage zu beantworten:

> ob die Gläubiger ihre bisherigen Rechte gegen Mitschuldner und Bürgen des Gemeinschuldners ungeachtet des Akkordes unverändert behalten?

Es empfiehlt sich nicht, sie der Anwendung allgemeiner Grundsätze des Civilrechts zu überlassen. Die Grundsätze über die Wirkung der Nachlaßverträge in Bezug auf Solidar- und Korrealschuldner und in Bezug auf Bürgen sind nicht überall dieselben (vergl. u. a. Code civil 1285. und 1287.; Preuß. A. L. R. I. 5. §. 437. und I. 16. §. 448.); die verschiedenen Civilrechte weichen von einander ab und sind theilweise sehr kontrovers; und dort, wo die Gesetzgebung sich nicht speziell über die in Rede stehende Frage ausgesprochen, hat die Rücksicht auf die besondere Natur des Akkordes fortwährende Zweifel veranlaßt. So im französischen Recht vor dem Fallimentsgesetz[2]). Im gemeinen Recht ist die Frage, selbst betreffs des Bürgen trotz und wegen l. 58. §. 1. D. mand. 17. 1., bestritten; bald wird die unveränderte Fortdauer der Verpflichtung des Bürgen behauptet[3]), bald wird dessen Befreiung von dem erlassenen Theil unbedingt bejaht[4]), bald hält man den Bürgen für befreit nur dann, wenn der Gläubiger in den Akkord ausdrücklich eingewilligt hat[5]), bald schon, wenn der Gläubiger auch nur stillschweigend eingewilligt, wenn

1) Vergl. vorige Anmerkung.
2) Pardessus No. 1247.; Grimm u. Broicher zu Art. 525. S. 165, 166.
3) Puchta, Pandekten §. 297.
4) Dabelow S. 288, 292.
5) v. Bayer §. 38.

er nicht ausdrücklich dem Akkorde widersprochen und nicht mit Uebergehung des Gemeinschuldners sich ausschließlich an den Bürgen gehalten hat; letzteres ist die verbreitetste Ansicht[1]). Legislatorisch dürfen solche Unterscheidungen nicht zugelassen werden. Nicht blos der widersprechende Gläubiger wird zu dem Akkord gezwungen, der konsentirende Gläubiger fügt sich ebenfalls dem Zwang der Umstände; rücksichtlich aller Gläubiger hat der Akkord die Natur eines Zwangsvergleichs; schon deshalb kann der Akkord niemals die Wirkung eines freiwilligen Vergleichs haben, die Solidarschuldner und Bürgen wie den Gemeinschuldner zu liberiren. Er kann dies nicht, weil nach Absicht des Gesetzes und der Gläubiger mittelbar und zwangsweise der Nachlaß nur für die Person des Gemeinschuldners, nicht in rem zu Gunsten aller Solidarschuldner bewilligt wird. Er kann es aber allgemein deshalb nicht, weil überhaupt der Akkord unmittelbar keinen Vergleich über die einzelne Forderung enthält. In Ansehung des Gemeinschuldners konnte oben der Satz unbedingt aufgestellt werden. Der zustimmende Gläubiger freilich stimmt mit dem Betrage seiner Forderung und in Rücksicht auf diese. Aber unmittelbar liegt ihm nur die Frage vor, ob er bei Fortsetzung des Konkurses eine Vertheilung der Masse oder bei Aufhebung desselben die angebotene Quote vorziehe? Diese Entscheidung ist nach der allgemeinen Lage der Sache mit Wirkung für alle anderen Gläubiger, aber darum auch nur nach Lage der Sache zu treffen. Individuelle Rücksichten dürfen nicht vorherrschend gemacht werden. Man darf den Gläubiger nicht verleiten, seinerseits sachwidrig gegen den der Gesammtheit nützlichen Akkord zu stimmen, und den sachgemäß stimmenden Gläubiger es nicht entgelten lassen, daß er es verschmäht hat, gegen seine Ueberzeugung den Akkord zu Falle zu bringen, oder dem doch zu Stande kommenden Akkord pro forma zu widersprechen. Den Gläubiger auszuschließen von der Theilnahme an der Beschlußfassung, würde nicht blos eine Ungerechtigkeit gegen ihn enthalten, sondern leicht zum Schaden der Sache gereichen; in zahlreichen Fällen, namentlich in kaufmännischen Konkursen, bei welchen die Passivmasse oft überwiegend in Solidarverpflichtungen aus Wechseln oder anderen Geschäften besteht, würde das Zustandekommen eines Akkordes überhaupt vereitelt werden. Diese Rücksichten sind für den art. 545. des Französischen (541. des Belgischen) Fallimentsgesetzes und §. 198. der Preußischen Konkursordnung bestimmend gewesen. Die Mitschuldner und Bürgen erleiden nicht Unrecht. Der im Interesse der Gläubiger geschlossene und bestätigte Vergleich gereicht vielmehr auch ihnen zum Vortheil; bei Fortsetzung des Konkurses würde der Ausfall, für den sie dem Gläubiger aufkommen sollen und

1) Schweppe §. 22.; Windscheid, Pandekten §. 358. Note 4.; Holzschuher Bd. III. §. 229. Nr. 3.; Seuffert, Archiv Bd. 5. Nr. 265.

müssen, noch größer geworden sein. Allerdings wirkt der Akkord auch gegen sie, auf ihre Regreßforderung, soweit ihnen solche gegen den Gemeinschuldner zusteht. Dieses Schicksal theilen sie aber mit allen bedingten Gläubigern. Inwieweit sie übrigens sich akkordmäßig gegen den Gemeinschuldner regressiren können, richtet sich nach dem zwischen ihnen und dem letzteren bestehenden, den Gläubiger nicht berührenden Rechtsverhältnisse. Es genügt, betreffs dessen auf die Motive zu §. 69. zu verweisen[1]).

Eine besondere Wirkung der gerichtlichen Bestätigung des Akkordes besteht nach Französischem Recht (Code 524., Fall. Ges. 517.; Belg. Fall. Ges. 518.) darin, daß das Bestätigungsurtheil den einzelnen Gläubigern eine Hypothek auf die Immobilien des Gemeinschuldners giebt, indem die bei Eröffnung des Falliments auf den Namen der Masse eingetragene allgemeine Hypothek (art. 500., bez. 490., bez. 487.) für die einzelnen Gläubiger nach der Höhe ihrer akkordmäßigen Forderungen zu gleichen Rechten aufrecht erhalten bleiben und zu diesem Behuf der Verwalter verpflichtet sein soll, für die Einschreibung des Bestätigungsurtheils in die Hypothekenbücher zu sorgen, es wäre denn, daß die Gläubiger in dem Akkorde ausdrücklich auf die Hypothek verzichtet hätten. Indeß erstens widerspricht solche der Fürsorge und Verfügung der einzelnen Gläubiger anheimfallende Kollektivhypothek zu unbestimmtem Betrage und für ungenannte Personen den Prinzipien der modernen Hypothekenverfassung; und entspricht nicht einmal den civilrechtlichen Voraussetzungen einer gerichtlichen Hypothek. Solche würde auch nach Französischem Recht (Code civil 2123.) eine Verurtheilung des Gemeinschuldners zu einem bestimmten Betrage voraussetzen; der Akkord bestimmt aber, wie gedacht, nicht über die Richtigkeit der einzelnen Forderungen, und das Bestätigungserkenntniß spricht keine Verurtheilung gegen den Gemeinschuldner aus. Nach rechtlicher Konsequenz könnte nur den einzelnen Gläubigern für die einzelnen Forderungen, soweit diese festgestellt worden, auf Grund der Feststellung eine gerichtliche Hypothek oder ein Titel zur Erlangung einer Hypothek zugestanden werden. Das Letztere würde z. B. nach §. 22. der Preußischen Exekutionsverordnung vom 4. März 1834[2]) der Fall sein. Diese Konsequenz brächte jedoch wieder den Nachtheil, daß die Gläubiger, welche die Eintragung für ihre Forderung zuerst erwirkten, sich für diese ein besseres Recht als die übrigen gleichberechtigten Gläubiger einseitig verschaffen

1) Motive Bd. 1. S. 369 bis 371; die unterschiedslose Verneinung des Regresses in dem Erkenntnisse des Reichs-Oberhandelsgerichts vom 11. Februar 1873 (Entsch. Bd. 9. S. 43) verfällt dem unterschiedslosen Vorwurf von Koch, Note 14 zu §. 198. der Preuß. Konk. Ordn. Vergl. übrigens l. 58. §. 1. D. mand. 17. 1. verbis: »nec enim.«

2) Vergl. auch §. 22. des Gesetzes über das Grundbuchwesen in Neuvorpommern und Rügen vom 26. Mai 1873 (Ges. Samml. S. 229).

könnten, daß der Gläubiger, dessen Forderung noch nicht festgestellt worden, erheblich benachtheiligt und dadurch das Prinzip der Gleichheit umgestoßen werden würde. Allgemein aber würden die Einzelhypotheken sowohl wie jene Kollektivhypothek große Kosten und, um sie zu löschen, große Weitläufigkeiten verursachen, dem Schuldner die Realisirung der Grundstücke erschweren und in Folge dessen der Erfüllung, wo nicht schon dem Zustandekommen des Akkordes hinderlich sein. Der Entwurf (§. 184.) glaubt daher eine gerichtliche Hypothek aus dem Bestätigungsurtheil nicht, den Anspruch auf eine Hypothek aus der Feststellung einer Gemeinforderung nur, wenn ein Arrestgrund vorliegt (Prozeßordnung §§. 729. 743.), zulassen zu dürfen und es im übrigen den Betheiligten überlassen zu müssen, sich über die Bestellung einer Hypothek, wenn die Gläubiger solche ihrem Interesse entsprechend erachten, beim Abschlusse des Akkordes zu einigen. Dafür trifft §. 176. des Entwurfs genügende Fürsorge.

§§. 185—191.
Pr. K. O. §§. 201—209.

X. Bestand.

Nachdem den Gläubigern ausreichende Gelegenheit geworden, ihre Rechte selbständig und vor dem Richter geltend zu machen, nachdem der Akkord rechtskräftig mit allgemeiner Wirkung bestätigt und in Erfüllung desselben das Gemeinschuldverfahren aufgehoben worden ist, darf der so für alle Betheiligte gewonnene Rechtszustand des sicheren Fortbestandes nicht entbehren. Jeder Betheiligte muß seine Vorkehrungen danach mit Gewißheit treffen können; eine Ungewißheit würde die Maßnahmen Aller lähmen. Die Unzuträglichkeiten müssen vermieden werden, welche durch die Angriffe oder gar Beseitigung des gewonnenen Ergebnisses, durch eine neue Konkurseröffnung bei inzwischen, vielleicht nach Jahren völlig verändertem Stande in dem Vermögen und den Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners nothwendig entstehen. Nur aus den gewichtigsten dem allgemeinen Interesse aller Gläubiger entnommenen Gründen wird der Fortbestand des Vergleichs in Frage gestellt werden dürfen.

1. Dahin ist die Nichterfüllung desselben nicht zu rechnen. Versagt der Entwurf schon der gänzlichen Nichterfüllung eines Einzelvertrages die Kraft, diesen aufzulösen (vergl. Motive zu §. 26. Bd. 1. S. 115 ff.), um wieviel mehr muß er sie der einzelnen Nichterfüllung eines Gesammtheitsvertrages absprechen. Der Bestand des Zwangsvergleichs kann nicht abhängen von der Arbeitslust oder der Willkür des Schuldners, den es vielleicht gereut, den Vergleich geschlossen zu haben; auch nicht von der Willkür eines einzelnen Gläubigers, der etwa ihm miß-

günstig gestimmt ist oder gar mit dem Schuldner gemeinsame Sache macht. Den Gläubigern allen sichert das Gesetz eine schleunige Vollstreckung des Vergleichs; sie können sich schützen durch vertragsmäßige Sicherungen der Erfüllung, können sich auch vertragsmäßig die kassatorische Klausel vorbehalten. Gesetzlich und stillschweigend darf sie nicht eintreten. Der Entwurf muß dies ausdrücklich aussprechen (§. 185. Abs. 1.), nicht blos angesichts der §§. 192. 193. der Bremer Debitverordnung, art. 520. des Französischen Fallimentsgesetzes und anderer entgegenstehender Vorschriften, sondern weil beim Stillschweigen aus den Grundsätzen des Französischen Rechts (Code civil 1184.) im Gebiet desselben die entgegengesetzte Folgerung gezogen werden möchte[1]).

2. Die Gründe, aus welchen der Entwurf einer Deutschen Civilprozeßordnung gegen ein rechtskräftiges Urtheil die Restitutionsklage zuläßt (§. 512. Nr. 1—7.), sind gegenüber dem einen Zwangsvergleich bestätigenden Urtheil theils nicht entsprechend anwendbar, theils werden sie durch die folgenden Bestimmungen des Entwurfs über Anfechtung und Nichtigkeit des Vergleichs gedeckt. Eine besondere Restitutionsklage neben ihnen muß füglich ausgeschlossen werden (§. 185. Abs. 2).

3. Betrug entkräftet jeden Vertrag und jedes Urtheil (Entw. der Proz. Ordn. §. 512. Nr. 1—4). Wegen Betrugs gestattet daher sowohl das gemeine[2]), wie das Französische[3]) und das Preußische Recht eine nachträgliche Anfechtung des Zwangsvergleichs. Das Französische Fallimentsgesetz (art. 518.) und nach ihm die Preußische Konkursordnung (§§. 203. 204.) geben sogar jedem einzelnen, durch den Akkord betroffenen Gläubiger eine Klage auf gänzliche Vernichtung des Akkordes. Eine solche Anfechtung erscheint nach zwei Richtungen bedenklich. Der einzelne Gläubiger, der sich durch Betrug verletzt glaubt, muß die ihm widerfahrene Verletzung anfechten können, aber ohne präjudizielle Wirkung für alle anderen Gläubiger; nicht er war die Partei, bei Abschluß und bei Bestätigung des Vergleichs standen als die eine Partei dem Gemeinschuldner alle Gläubiger zusammen gegenüber, nach Aufhebung des Konkurses steht jeder Gläubiger neben dem anderen einzeln und selbständig da. Die Klage des Einen darf nicht bindend für Alle weder die Hinfälligkeit noch die Unanfechtbarkeit des Vergleichs zur Folge haben. Die öffentliche Bekanntmachung des Prozesses und die Zulassung der anderen Gläubiger als Nebenpartei (Preuß. Konk. Ordn. §. 204., Oesterr. Konk. Ordn. §. 242.) ist ein unzureichendes Mittel, die Rechte der letzteren zu wahren. Sodann erscheint

1) Vergl. die von Rénouard II. p. 102 Note 2. angeführte Rechtsprechung.
2) Schweppe §. 23.
3) Grimm u. Broicher Note 4. zu Art. 523.

es zwar geboten, daß der Gemeinschuldner nicht die Früchte des Betruges genieße, den er oder für ihn ein Anderer gegen die Gläubiger begangen. Zu weit aber geht es und der Schutz schlägt in Beschädigung um, wenn zugleich den Gläubigern die Vortheile des Vergleichs genommen werden, wenn durch die Anfechtung der Vergleich in seinem ganzen Umfang vernichtet, die Erfüllung desselben und ihre Sicherung vereitelt und wieder der Konkurs eröffnet wird. Darum läßt der Entwurf (§. 186.) den Vergleich bestehen und giebt jedem Gläubiger das Recht für sich, den vergleichsmäßigen Erlaß seiner Forderung anzufechten, sei es den Nachlaß an Kapital oder Zinsen, sei es den gewährten Aufschub, sei es eine andere Beschränkung, welche der Inhalt des Vergleichs ihm auferlegt. Seine vordem bestandenen Rechte sollen unberührt durch den Vergleich aufleben, und die ihm durch denselben gewährten Befugnisse sollen erhalten bleiben. Auf diesem Boden steht auch das englisch-amerikanische Recht betreffs ihrer Entlastung (s. 49 resp. s. 33) und §. 123. des Dänischen Konkursgesetzes.

Entsprechend dem §. 514. der Prozeßordnung und dem §. 97. des Entwurfs[1]) wird der Anfechtung nur dann stattzugeben sein, wenn der Gläubiger außer Stande war, schon im Bestätigungsverfahren den Anfechtungsgrund geltend zu machen.

Die Anfechtungsgründe beruhen darauf, daß entweder die Gläubiger bei Beurtheilung des Vergleichs in einen wesentlichen Irrthum über die Sachlage versetzt worden sind, oder daß unmittelbar der Abschluß oder die Bestätigung des Vergleichs betrüglich bewirkt ist. In ersterer Hinsicht schließen die Gründe sich im allgemeinen den Fällen des betrüglichen Bankerutts in Nr. 1. und 2. des §. 281., sowie dem §. 282. Nr. 1. und 2. des Deutschen Strafgesetzbuchs an, und in letzterer Hinsicht verdient die schon zu §. 180. Nr. 2. des Entwurfs gedachte heimliche Begünstigung eines Ausschlag gebenden Gläubigers hervorgehoben zu werden.

4. Betrüglicher Bankerutt des Gemeinschuldners schließt nach §§. 168. Nr. 2., 178. 180. Nr. 1. den Abschluß und die Bestätigung eines jeden Zwangsvergleichs aus; eine nothwendige Folge davon ist, daß die nachträgliche Verurtheilung des Gemeinschuldners wegen betrüglichen Bankerutts die Wirksamkeit des Vergleichs allgemein aufhebt, indeß wiederum nicht zu Gunsten des Gemeinschuldners; auch hier würde es nicht richtig sein und zu bedenklichen Konsequenzen führen, wollte man mit der Preußischen und Oesterreichischen Konkursordnung (§. 202. bezw. §. 241.) und dem Französischen Fallimentsgesetz (art. 520.) von einer Nichtigkeit des Vergleichs ausgehen. Wohl aber gegenüber

1) Vergl. übrigens auch Rénouard II. p. 90.

allen anderen Betheiligten; nicht blos wie im vorigen Fall des civilrechtlichen Betruges wird der einzelne mit Erfolg anfechtende Gläubiger, sondern es werden alle Gläubiger von den durch den Zwangsvergleich ihnen auferlegten Beschränkungen befreit; — und weil allgemein alle durch denselben begründeten Verpflichtungen mit Ausnahme derer des Gemeinschuldners hinfällig werden, so muß dies auch gelten zu Gunsten der Dritten, welche für die Erfüllung des Vergleichs eine persönliche oder dingliche Verpflichtung übernommen haben. Dann freilich, wenn der Dritte schon bei Uebernahme der Verpflichtung eine Thatsache gekannt hat, auf Grund deren die Verurtheilung des Gemeinschuldners ausgesprochen ist, wenn er also wissentlich einem strafbaren Schuldner zum Nachtheil der Gläubiger Vorschub geleistet hat, erscheint es als eine Forderung der Gerechtigkeit, daß auch seine Verpflichtung zur Sicherung der Gläubiger bestehen bleibt. — Es hat kein Bedenken, diese Wirkungen, welche sich an die einfache, leicht erweisliche Thatsache der rechtskräftigen Verurtheilung knüpfen, ohne besondere Anfechtungsklage und ohne besonderen Ausspruch von Rechtswegen eintreten zu lassen (Entw. §. 187.), und ebensowenig wird für die Wiederaufnahme des Gemeinschuldverfahrens die Nothwendigkeit einer vorhergehenden Verhandlung und ein förmliches Urtheil (§§. 104. 108. 110.) verlangt werden dürfen, beides um so weniger, als gegen den Beschluß des Gerichts, welcher die Wiederaufnahme ausspricht oder ablehnt, das Rechtsmittel der Beschwerde zulässig bleibt.

Die Wiederaufnahme des Gemeinschuldverfahrens folgt aus dem Wegfall der durch den Akkord gewährten Freigabe der Gemeinmasse an den Schuldner. Diese wie überhaupt die akkordmäßige Aufhebung der Gemeinschuldverhältnisse soll rückgängig gemacht werden.

Aber wie dies nur ein Recht der Gläubiger ist, so darf auch die Wiederaufnahme nicht von Amtswegen geschehen (Preuß. Konk. Ordn. §. 206., Oesterr. Konk. Ordn. §. 243., Fall. Ges. art. 522). Der Entwurf §. 188. setzt den Antrag eines Gemeingläubigers (§§. 99. 103.) voraus; nur daß es auf eine Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners nicht ankommen kann; denn es handelt sich nicht um die Eröffnung eines neuen, sondern eine Aufnahme des alten Verfahrens. Dennoch empfiehlt es sich, auch letztere in Gemäßheit des §. 108. Abs. 2. von dem Betrag der Gemeinmasse abhängig zu machen. Das wieder aufgenommene Verfahren braucht nur soweit als nöthig wiederholt zu werden; wegen der bisher geprüften Forderungen bleibt es bei den geschehenen Ergebnissen, der wiederholten Prüfung derselben bedarf es nur hinsichtlich einer inzwischen erfolgten Tilgung (Entw. §. 191). Daß ein Zwangsvergleich nicht von Neuem geschlossen werden kann, ergiebt sich aus §. 168. Nr. 2. auch ohne ausdrückliche Vorschrift.

Zu berücksichtigen aber ist, daß das frühere Gemeinschuldverfahren förmlich aufgehoben, die Aufhebung desselben öffentlich bekannt gemacht, der Gemeinschuldner in den Besitz seines Vermögens und von Rechtswegen in die Befugniß wieder eingesetzt war, über dasselbe zu verfügen (§§. 197. 199—201). Der Gemeinschuldner ist von Neuem in freien Geschäftsverkehr getreten.

Darum hat die Wiederaufnahme die Wirkungen einer Konkurseröffnung (Entw. §. 188. a. E.).

Die Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner in der Zwischenzeit vorgenommen hat, sind an sich rechtsgültig; sie unterliegen nur der Anfechtung nach den Bestimmungen, nach welchen die Anfechtung der vor einer Konkurseröffnung vorgenommenen Rechtshandlungen zulässig ist (§§. 27—39). Hierbei tritt an Stelle des Zeitpunkts der Konkurseröffnung der Zeitpunkt der Wiederaufnahme und der Antrag auf letztere an Stelle des Antrags auf erstere. Der Wiederaufnahme kann eine neue Zahlungseinstellung vorausgegangen sein; dann bleibt natürlich diese maßgebend. In Ermangelung einer solchen muß ihr ein entsprechender Akt und Moment substituirt werden. Die Preußische Konkursordnung legt ihn auf den Eintritt der Rechtskraft des Bankerutturtheils (§. 207.); der Entwurf substituirt, weil ihm dieser zu wenig erkennbar und zu spät erscheint, den Tag des ersten die Verurtheilung aussprechenden Urtheils. — Diese Bestimmungen (Entw. §. 189.) gelten auch für die in der Zwischenzeit entstandenen Aufrechnungsbefugnisse (§§. 54. 55). —

Das Recht zur Theilnahme an dem wiederaufgenommenen Verfahren kann nicht auf die alten Forderungen beschränkt bleiben, welche schon zur Zeit der Eröffnung des aufgehobenen Konkurses bestanden; die neuen Gemeingläubiger, deren Forderungen in dem Zeitraum zwischen der Aufhebung und der Wiederaufnahme entstanden sind, von der Theilnahme auszuschließen, würde nicht blos dem Recht widersprechen, sondern auch den Kredit in bedenklicher Weise gefährden. Die neuen Gläubiger waren vollkommen berechtigt, der Verfügungsbefugniß des Schuldners und seinem Vermögen zu trauen, ohne Unterschied, ob dieses oder jenes Stück vordem zur Gemeinmasse gehört hatte oder nicht. Darum würde nicht minder eine Absonderung dieser älteren Stücke zu Gunsten der alten Gläubiger ungerecht, wenn überhaupt praktisch durchführbar sein. Die neuen Gläubiger haben jedoch keinen Anspruch auf eine den alten Gläubigern durch den Vergleich bestellte besondere Sicherheit; in Ansehung dieser stehen ihnen die alten Gläubiger, wie sonstige Absonderungsberechtigte gegenüber. Es entspricht sogar der Billigkeit, auf eine solche Akkordsicherheit die Anwendung des §. 66. nur für die Vertheilung der Gemeinmasse eintreten zu lassen; für die Beschlußfassungen räumt der Entwurf den

gesicherten Akkordgläubigern die vollen Rechte eines Gemeingläubigers ein (§. 190. Abs. 2. und 3).

Daß die alten, durch den Zwangsvergleich betroffenen Forderungen, soweit sie nicht bereits getilgt sind, in ihrem vollen Umfang wiederhergestellt werden, kann nicht zweifelhaft erscheinen. Auch die französische, preußische und österreichische Gesetzgebung erkennt dies im Prinzip an, wendet dasselbe aber nur gegenüber dem Gemeinschuldner an und stellt für die Gläubiger und deren Theilnahme an der Masse andere Bestimmungen auf. Diese betreffen die auf die Forderungen inzwischen geleisteten Zahlungen. »Die Gläubiger sollen nicht verpflichtet sein, zur Masse die Zahlungen zurückzugewähren, welche sie gemäß dem Akkord in gutem Glauben empfangen haben.« (Fall. Ges. 526., Preuß. Konk. Ordn. §. 208. Abs. 2., Oesterr. Konk. Ordn. §. 244. Abs. 2). Dies ist mit Unrecht als eine der Billigkeit zugestandene Ausnahme aufgefaßt worden[1]). Für den Entwurf ist es eine nothwendige Konsequenz der Auffassung, daß nicht etwa der Akkord als nicht geschlossen und die Aufhebung des Konkurses als nicht geschehen, sondern daß nur der akkordmäßige Erlaß als fortfallend zu betrachten sei. Das Fallimentsgesetz und die Preußische Konkursordnung bestimmen nun weiter: daß eine Forderung, auf welche die Akkordsumme voll gezahlt sei, gar nicht, und eine Forderung, auf welche eine Quote von der Akkordsumme gezahlt sei, nur zu der Restquote geltend gemacht werden dürfe, daß also die Zahlung nicht blos die Akkordschuld, sondern in entsprechender Proportion die Forderung getilgt haben solle. Die Oesterreichische und die Novelle zur Preußischen Konkursordnung haben diese Bestimmung für fehlerhaft erkannt und an deren Stelle den theilweise befriedigten Gläubigern eine Kollationspflicht, — nach Art der eines Erben bei Nachlaßtheilungen — auferlegt. Die Gläubiger sollen den vollen Nominalbetrag ihrer ursprünglichen Forderung liquidiren können; die ihnen gemäß dem Akkord geleisteten Zahlungen sollen aber der wirklich vorhandenen Masse hinzugerechnet, danach die Dividende sämmtlicher Gläubiger berechnet, und von dieser Dividende soll dem betreffenden Gläubiger die Akkordzahlung abgezogen werden. Indeß eine Kollationspflicht läßt sich ebensowenig rechtfertigen; was der Gläubiger empfangen, hat er nicht auf Grund eines nun nichtig gewordenen Titels — des Akkordes —, sondern auf Grund seiner wohlbegründeten Forderung empfangen; die Zahlung gehört nicht, — wie eine im Voraus dem Erben gemachte Schenkung u. s. w. — zur Gemeinmasse; die anderen Gläubiger haben auf sie kein Recht, weder die anderen alten, noch die neuen

1) Motive zur Preußischen Konkursnovelle S. 24.

Gläubiger. Abgesehen ferner von der praktischen Schwierigkeit solcher Kollation, namentlich für das Dividendensystem des Entwurfs, entspricht dieselbe nicht einmal der Billigkeit. Jeder Gläubiger konnte seine Rechte unbehindert durch den anderen verfolgen; die Zahlung an ihn kann nicht ungünstiger behandelt werden, als eine Zahlung, die etwa der Gemeinschuldner an einen Dritten auf Grund eines neuen Geschäfts geleistet hat; die einzelnen Gläubiger standen unter sich und zum Gemeinschuldner nicht anders als vor der Konkurseröffnung. Nur der Anfechtung nach allgemeinen Grundsätzen kann die Zahlung unterliegen. Der Gläubiger wird daher nicht den früheren Nominalbetrag seiner Forderung, sondern blos den noch ungetilgten Betrag liquidiren, diesen aber unbeschränkt geltend machen dürfen (Entw. §. 190. Abs. 1).

Die gedachten Gesetzgebungen sind noch weiter gegangen. Sie haben dieselben Vorschriften angewendet auf den Fall, daß ohne Aufhebung des Akkordes, jedoch vor der völligen Erfüllung desselben ein neuer Konkurs über das Vermögen des Gemeinschuldners eröffnet wird (Fall. Ges. 526. al. 3., Oesterr. Konk. Ordn. §. 245.); die Preußische Konkursordnung (§. 209.) freilich mit der durch die Novelle zugefügten Einschränkung, daß in diesem Fall der durch den Akkord betroffene Gläubiger nie über den Betrag der Akkordsumme Befriedigung verlangen könne. Das französische Gesetz war zu seiner Vorschrift insofern veranlaßt, als nach ihm die Nichterfüllung des Akkordes die Ungültigkeit desselben und Wiederherstellung der erlassenen Rechte herbeiführt. Dieser Grundsatz ist aber oben verworfen. Der Akkord und somit der akkordmäßige Erlaß bleibt trotz der Nichterfüllung und trotz der neuen Zahlungsunfähigkeit bestehen [1]). Daran kann der Umstand nichts ändern, ob in Folge der letzteren ein zweiter Konkurs eröffnet, oder ob solcher überwunden oder umgangen wird. Jene Vorschriften schädigten die Akkordgläubiger, diese bevorzugen sie. Allerdings bekommen sie nun in dem zweiten Konkurse die Dividende nicht von ihrer ursprünglichen Forderung, sondern nur von der Akkordquote. Dieser Verlust liegt aber in dem wieder eingetretenen Zahlungsunvermögen; er würde die Gläubiger treffen innerhalb wie außerhalb eines Konkurses. Der Entwurf enthält sich daher einer Ausnahmevorschrift. Mehrfach sind den Gläubigern Mittel geboten, die Erfüllung des Akkordes zu erlangen oder die Nichterfüllung seitens des Schuldners unschädlich zu machen.

1) Auch die Motive zur Preußischen Novelle S. 24, sowie das Erkenntniß des Preußischen Ober-Tribunals vom 7. November 1865 (Striethorst, Archiv Bd. 62. S. 25) erkennen die Richtigkeit dieses Satzes an.

Siebenter Titel.

Aufhebung des Gemeinschuldverfahrens.

§§. 192—195.

Pr. K. O. §. 210.

Zufolge Einwilligung der Gläubiger.

Die Ausbildung des Zwangsvergleichs zu einer allgemeinen ordentlichen Art der Erledigung des Konkurses läßt keinen Raum für ein anderes, auf Einwilligung sämmtlicher Gläubiger gegründetes, gerichtliches Vergleichsverfahren neben dem ersteren. In der Oesterreichischen Konkursordnung fand es seine Stelle (§§. 156—158.), weil dort der Zwangsvergleich ein Ausnahmeverfahren bildet.

Die freiwillige Zustimmung jedes Gläubigers zu einem Vergleich zu erlangen, muß dem Gemeinschuldner überlassen bleiben. So wenig es hierzu gerichtlicher Mitwirkung bedarf, so wenig darf ein Gläubiger genöthigt werden, sich auf außergerichtliche Unterhandlungen einzulassen. Derartige Unterhandlungen können die Gläubiger in der Verfolgung ihrer Rechte nicht hindern, daher auch nicht den Fortgang des Gemeinschuldverfahrens aufhalten.

Damit ist die Einwirkung außergerichtlicher Vergleiche auf die Beendigung des Gemeinschuldverfahrens keinesweges ausgeschlossen. Dieselben werden stets vorkommen; um so öfter, je strengere Anforderungen an einen Zwangsvergleich gestellt werden. Bei Zustimmung aller Betheiligten kann der Gemeinschuldner die Aufhebung des lediglich in Verfolgung ihrer Rechte betriebenen Gemeinschuldverfahrens ohne Zweifel verlangen. Nur muß die Zustimmung aller Betheiligten nachgewiesen werden. Hier entsteht die Frage, wessen Zustimmung genügend und erforderlich sein soll, und wie diese Zustimmung nachzuweisen ist? Diese Fragen treten in den Bereich des Gemeinschuldverfahrens und der Gemeinschuldordnung.

Die Gesetze, welche sie beantworten, verlangen zuvörderst den Ablauf eines bestimmten Zeitraums. Die Lübecker Konkursordnung (§. 96.) läßt eine Aufhebung erst nach ergangenem Präklusivbescheid zu, die Preußische (§. 210.) nicht vor Ablauf beider Anmeldungsfristen, die Bayerische Prozeßordnung (§. 1317.) und das Dänische Gesetz (§. 98.) nicht vor Ablauf der allgemeinen Anmeldefrist, die Oesterreichische Konkursordnung (§. 155.) erst nach Abhaltung. Diese Zeitschranke hat nur einen äußeren Grund, in einer unzureichenden Weise der Ermittelung der Betheiligten und ihrer Zustimmung. Sie entbehrt des inneren Grundes und ist in der Praxis als Uebelstand häufig empfunden; oftmals erreichen Vergleichs-

vorschläge, die den Eintritt des Gemeinschuldverfahrens nicht haben abwenden können, erst nachträglich ihr Ziel.

Im Prinzip nimmt der Entwurf daher an, daß die Aufhebung zu jeder Zeit erfolgen, daß aber die Einwilligung aller vorhandenen Gemeingläubiger dazu erbracht sein müsse. Die fortgeschrittene Zeit des Verfahrens führt naturgemäß zu einer Beschränkung des letzteren Satzes. Aus dem mehrfach erörterten thatsächlichen Präklusionsprinzip des Entwurfs ergiebt sich, daß nach Abhaltung des allgemeinen Prüfungstermins die Gläubiger, deren Forderungen nicht zur Prüfung gelangt sind, keinen Anspruch darauf haben, daß blos ihretwegen das Verfahren fortgesetzt werde; der letzte Satz des §. 92. versagt den nicht angemeldeten Forderungen die Theilnahme an den Mehrheitsbeschlüssen; noch weniger darf ihnen ein einzelnes Veto zugebilligt werden. Darin stimmen auch alle gedachten Gesetze überein; sie verlangen die Zustimmung nur der Gläubiger, die eine Forderung angemeldet haben; dieser Gläubiger indeß sämmtlich, auch wenn ihre Forderungen noch nicht geprüft oder ganz streitig geblieben sind. Das wieder erscheint zu weit. Namentlich die Berücksichtigung der streitigen Forderungen hat in der Praxis zu Weiterungen und gerechten Klagen Anlaß gegeben. Entscheiden dürfen nur die Forderungen, welche zur Zeit des gestellten Antrags festgestellt oder vorläufig zugelassen sind; — vor dem allgemeinen Prüfungstermin aber alle Forderungen, welche der Gemeinschuldner in seinem Schuldenverzeichniß aufgeführt hat, oder die sonst nachgewiesen werden. — Die Zustimmung aller dieser Gläubiger zu dem Antrag muß ertheilt sein, der Widerspruch eines einzigen genügt, um den Antrag zurückzuweisen (Entw. §. 192.); selbstverständlich bleibt es trotzdem, daß die fehlende Zustimmung einzelner Widerspruchsberechtigter durch Hinterlegung oder Sicherstellung des vollen Betrags ihrer Forderung ersetzt werden kann. — Die Einwilligung der anderen Gläubiger ist nicht erforderlich, ihr Widerspruch kann die Aufhebung nicht hindern. Indessen möchte eine gänzliche Nichtberücksichtigung dieser Gläubiger dem Vorwurf der Härte unterliegen. Ist der Antrag vor dem Prüfungstermin gestellt, so kann eine vom Schuldner nicht angeführte und nicht anerkannte Forderung leicht glaubhaft zu machen, ohne gerade sofort nachweisbar zu sein; desgleichen können, wenn der Antrag nach dem Prüfungstermin eingeht, nicht angemeldete Forderungen erweislich oder inzwischen festgestellt sein. Auf den Widerspruch dieser Gläubiger wird das Gericht dadurch gebührende Rücksicht zu nehmen haben, daß es bestimmt, in welcher Art solche ihm der Berücksichtigung werth erscheinende Forderungen vor dem Nachtheil der Aufhebung des Verfahrens geschützt werden sollen; die Sicherstellung solcher Forderungen wird demnach den Betrag der muthmaßlichen Dividende nicht zu überschreiten haben, um so weniger,

als diese meist desto größer erscheint, je früher die Frage der Aufhebung zur Erörterung kommt (Entw. §. 195).

Schon die Begrenzung der Interessenten und ihres Widerspruchs macht klar, daß die Entscheidung über den Aufhebungsantrag von dem Gericht nicht ohne öffentliches Verfahren, nicht im Wege der Dekretur erfolgen darf.

Der Entwurf schreibt einen Termin vor zur Verhandlung über den Antrag und die ertheilten Zustimmungserklärungen, sowie zur Abgabe und Erörterung etwaigen Widerspruchs (§. 193). Die Veröffentlichung des Termins und die Frist, mit welcher das Gericht ihn den Umständen entsprechend bestimmen wird, die vorhergegangene Veröffentlichung des Gemeinschuldverfahrens, Bestellung des Gläubigerausschusses und die Möglichkeit, dem Gemeinschuldner zuvor den Manifestationseid abzunehmen, garantirt genugsam, daß den begründeten Interessen der Gläubiger nicht zuwidergehandelt wird. Deshalb sollen auch die Zustimmungserklärungen in beglaubigter Form vorgelegt werden (Lübeck §. 96., Bayern Art. 1317.); sie müssen dem Antrage beiliegen; der Verwalter und die Mitglieder des Gläubigerausschusses haben von ihnen prüfende Einsicht zu nehmen. Die Stellung des Gerichts ist eine arbiträre; die Entscheidungen desselben entziehen sich einem Rechtsmittel.

§. 196.

Wegen zu geringer Masse

soll die Eröffnung des Gemeinschuldverfahrens abgelehnt werden (Entw. §. 108. Abs. 2). Aus denselben Gründen wird das Verfahren aufzuheben sein, wenn sich erst im Laufe desselben ergiebt, daß die Gemeinmasse nicht den Kosten entspricht, so daß für die vorrechtslosen Gemeingläubiger nicht das Geringste übrig bleibt. Das Verfahren bis zu einer fingirten Schlußvertheilung (§§. 156. 157.) durchzuführen, böte nicht den geringsten Vortheil, hätte vielmehr nur den Nachtheil, den Gemeinschuldner noch länger in seiner Erwerbsthätigkeit zu hemmen, die Gläubiger und Dritte von neuen Geschäften mit ihm fern zu halten. Die Preußische Konkursordnung hat in diesem Punkt eine von der Praxis oft empfundene Lücke; sie wird von dem Französischen Fallimentsgesetz art. 527. 528., dem Oesterreichischen und Dänischen Gesetz (§§. 154. 66. bezw. §. 97.), sowie der Bremer Debit- (§§. 235. 247.) und Bayerischen Prozeßordnung (Art. 1267.) vermieden. Zu jedem Zeitpunkt, vor dem Prüfungstermin und vor einer Verwerthung der Masse, kann und muß die Einstellung des Verfahrens stattfinden. Nicht aber, wie das Fallimentsgesetz zuläßt, auch von Amtswegen. Der Entwurf fordert dazu den übereinstimmenden Antrag des Verwalters und Gläubigerausschusses. Bei deren Einvernehmen wird es dagegen entbehrlich, mit jenem Gesetz ein förmliches Urtheil des Gerichts

vorzuschreiben, dessen Vollstreckbarkeit eine Zeit lang (einen Monat) auszusetzen und die jederzeitige Wiederaufnahme des Verfahrens unter Einzahlung genügender Deckungsmittel zu gestatten. Es versteht sich von selbst, daß sobald der Gemeinschuldner, ein Gläubiger oder ein Dritter ausreichende Deckung für die Kosten hergiebt, das Verfahren nicht aufgehoben werden darf. Dadurch erübrigen sich zugleich die zusätzlichen Bestimmungen des Bayerischen Gesetzes.

Die vorstehend erörterten beiden außerordentlichen Arten treten den ordentlichen Arten einer Beendigung des Gemeinschuldverfahrens durch Vertheilung der Masse (Titel 5.) oder durch Zwangsvergleich (Titel 6.) hinzu. In anderer Weise kann ein Gemeinschuldwesen nach dem Entwurf nicht erledigt werden. Derselbe regelt nun, was für alle Arten gemeinsam zutrifft, in den

§§. 197—202.
Pr. K. O. §§. 199. 277. 278. 280.
Die Aufhebung des Verfahrens.

Die Erledigung der Sache hat die Aufhebung des Verfahrens zur nothwendigen Folge. Jeder Art der ersteren giebt der Entwurf einen festen Abschluß, ihn findet insbesondere die Vertheilung in dem Schlußtermin (§. 157.), der Vergleich in der rechtskräftigen Bestätigung (§§. 178. 182). Ein Streit über die Aufhebung wird daher füglich nicht entstehen können, ein Beschluß über die Aufhebung weder eine vorgängige mündliche Verhandlung zur Voraussetzung haben, noch einem Rechtsmittel unterworfen werden müssen. Ein förmlicher Beschluß des Gerichts aber wird nicht zu umgehen sein; nicht blos um einen sicheren Boden zu gewinnen für die Wirkungen der Aufhebung, sondern weil ihr allemal eine sachliche Prüfung vorhergehen und mit ihr die Vornahme verwandter Akte, die Rechnungslegung, Wiedereinsetzung u. s. w., verbunden werden muß (Entw. §. 197).— An den Aufhebungsbeschluß knüpfen sich zunächst die Maßregeln, welche vor der thatsächlichen Aufhebung zu ergreifen sind. Namentlich gehört dahin die Vornahme der in einem Vergleich bedungenen Sicherungsmaßregeln. Eine allgemeine Maßregel schreibt der Entwurf in §. 198. vor; sie betrifft die Befriedigung der Masse- und Vorzugsgläubiger. Unbeschadet der für eine Vertheilung der Masse gültigen Ausschlußfrist und Präklusion (§§. 157. 153.) ist es die Pflicht des Gemeinverwalters, die anerkannten Ansprüche auf Herausgabe oder Absonderung einer Sache aus der Gemeinmasse, sowie auf Zahlung einer Masseschuld zu erledigen. In Ansehung der ersteren ist das selbstverständlich; die Sachen gehören nicht oder

insoweit nicht zur Gemeinmasse, und dürfen deshalb dem Gemeinschuldner nicht ausgeliefert, die Berechtigten nicht an diesen gewiesen werden. Auch die Verweisung eines anerkannten Massegläubigers an den Kridar ist nicht zu billigen; die Masseschulden sind meist durch eine Handlung des Verwalters, oft zum Besten der Masse, immer während und zum Zweck des Verfahrens entstanden; darum müssen sie aus der Gemeinmasse vor deren Freigabe berichtigt werden. Es bedarf aber für sie der besonderen Vorschrift; die Begründung, daß die Gemeingläubiger in die Rechte des Schuldners getreten und in ihrer Gesammtheit Schuldner der Massegläubiger geworden[1]), erkennt, wie im ersten Bande der Motive ausgeführt ist, der Entwurf nicht an; die Masseschulden, obwohl aus der Gemeinmasse zu entnehmen, sind Schulden des Gemeinschuldners, und die Gemeinmasse würde an sich, unabhängig von den, dem Verfahren fremden Massegläubigern, dem Schuldner ausgeantwortet werden müssen. Die Preußische Konkursordnung geht noch weiter, indem sie (§. 199.) verlangt, daß auch für nicht anerkannte Vindikations- und Masseansprüche von Amtswegen durch Zurückbehaltung von Deckungsfonds oder Sperrung der streitigen Sachen gesorgt werde. Der Entwurf hält in Verfolg des zu §. 153. Ausgeführten dies nicht für geboten, nicht einmal für zulässig. Wegen bestrittener Ansprüche kann dem Gemeinschuldner das Vermögen nicht vorenthalten werden; die Gläubiger können und mögen für ihre Sicherung durch Erwirkung gerichtlicher Arreste sorgen. Dagegen erscheint in ausgedehnterem Maße eine Berücksichtigung der bevorrechtigten Gemeingläubiger geboten. Auch wenn der Konkurs in anderer Weise als durch Vertheilung der Masse erledigt wird, sollen sie die Berichtigung ihrer festgestellten, die Sicherstellung ihrer vorläufig zugelassenen Forderungen aus der Gemeinmasse vor Aufhebung des Verfahrens beantragen können. Zur Rechtfertigung dessen wird es genügen, auf den Schluß der Motive zu §. 166. zu verweisen.

Der thatsächliche Vollzug der Aufhebung ergiebt sich von selbst. Mit der Gemeinmasse, bei einer Vertheilung dem nicht verwertheten Rest derselben (§. 157. §. 134. Nr. 1.), sind natürlich dem Gemeinschuldner die Bücher und Papiere auszuliefern (Pr. K. O. §. 199. Abs. 3).

Die Aufhebung und der Grund derselben muß öffentlich bekannt gemacht werden, theils um alle Gläubiger und sonstige Betheiligte von der Sachlage in Kenntniß zu setzen, theils um die öffentliche Bekanntmachung der Eröffnung des Verfahrens auszugleichen; darum muß auch jene Bekanntmachung durch dieselben Blätter erfolgen, durch welche diese (§§. 113. 98.) geschehen war (Entw. §. 199).

---

1) Kommissionsbericht der zweiten Preußischen Kammer in Goltdammer S. 377; Motive zum Entwurf eines Preußischen Handelsgesetzbuchs S. 472.

Und aus demselben Grunde, aus dem es sich rechtfertigte, die Wirkungen der Eröffnung von Rechtswegen eintreten zu lassen (§. 7.), muß auch die Aufhebung des Verfahrens von Rechtswegen die Wirkungen nach sich ziehen. Nicht so gleich liegt die Sache in Betreff des Zeitpunkts, mit welchem die Wirkungen eintreten. Die Eröffnung entzog dem Gemeinschuldner die Dispositionsbefugniß, den Gläubigern das Recht der Einzelverfolgung, — um die Entziehung wirksam zu schützen, mußte sie regelmäßig schon mit dem Eröffnungsurtheil wirksam werden (§§. 10. 11. ff. 110.); die Wiedererlangung der Dispositionsbefugniß und die Aufhebung der Gemeinschaft kann füglich erst mit der Bekanntmachung, daß der Konkurs aufgehoben sei, ihren Anfang nehmen (Entw. §. 200). Die preußische Judikatur hat dies in Ansehung der Gläubiger schon jetzt so angenommen[1]), trotz der Vorschrift der Konkursordnung, daß der Konkurs »mit Vollziehung der Schlußvertheilung«, oder im Falle des Akkordes »sobald jene Sicherungsmaßregeln getroffen worden, beendigt sei« (K. O. §. 277. Abs. 1., §. 199. Abs. 2).

Die Wirkungen sind schon angedeutet. Die Folgen der Konkurseröffnung hören auf.

Vor allem erhält der Gemeinschuldner das Recht zurück, über sein Vermögen frei zu verfügen. Sofern ein Akkord die Fortdauer von Beschränkungen festsetzt, so ist dies der Vertragswille des Schuldners. Die gesetzliche Konkursbeschlagnahme und Dispositionsentziehung fällt fort. Darum ist es auch keine Ausnahme, vielmehr selbstverständlich, daß sonstige für Vindikanten, für Absonderungs- und Massegläubiger angeordnete oder vollzogene Einzelarreste in Kraft bleiben; und nur eine scheinbare Ausnahme, daß die bei einer Abschlags- oder Schlußvertheilung von der Masse zurückbehaltenen (§. 162.) oder nicht abgehobenen (§. 165.) Dividenden der Verfügung des Gemeinschuldners zu Gunsten der einzelnen Berechtigten entzogen bleiben; für die letzteren wirkt die Aufbewahrung gleich einer erfolgten Vertheilung und Auszahlung; die Beträge bilden insofern nicht mehr einen Theil der Gemeinmasse. Wohl aber würden zur Gemeinmasse gehören (§. 1.), daher mit Aufhebung der Beschlagnahme an sich dem Gemeinschuldner zur freien Verfügung zufallen: solche Gegenstände, die, obwohl vom Schuldner schon bei Eröffnung oder während des Verfahrens erworben, erst nach dessen Aufhebung ermittelt worden sind. Durch diesen zufälligen Umstand dürfen sie den Gemeingläubigern nicht entzogen werden (§. 5). Die §§. 186. 187. schützen die Gläubiger im Falle eines Akkordes. Der §. 201. sorgt in dem Fall das Verfahren durch

---

1) Erkenntnisse des Ober-Tribunals vom 2. Dezember 1858 (Entsch. Bd. 40. S. 396), vom 24. Januar und vom 7. Juni 1859 (Striethorst, Archiv Bd. 32. S. 161, Bd. 33. S. 290, Entsch. Bd. 41. S. 293).

Vertheilung beendigt worden, dafür: daß solche Gegenstände nach Maßgabe des §. 160. und des zu diesem Bemerkten nachträglich verwerthet und vertheilt werden (vergl. Preuß. K. O. §. 278., Bayerische Proz. O. §. 1314. u. s. w.).

Die Gläubiger können fortan durch einander unbehindert ihre Rechte gegen den Schuldner geltend machen. Im Verhältniß zu ihm sind zwei Fragen zu entscheiden:

1. Das s. g. Nachforderungs- oder Nachmahnungsrecht. Die Frage entstammt dem römischen Recht. Das ältere römische Recht schließt nach stattgefundener venditio bonorum jede Nachforderung ex ante gesto aus[1]); dem entsprechend wird von Einigen behauptet, daß die nichtbefriedigten Konkursgläubiger keinerlei Nachforderung gegen den früheren Kridar erheben könnten. Die geltende Praxis indeß läßt eine Nachforderung zu, unter der Beschränkung, daß der Schuldner in bessere Vermögensumstände gelangt und das neue Vermögen nicht zu seinem und der Seinigen Unterhalt erforderlich ist; diese Beschränkung hinwieder ist daran geknüpft, daß der Schuldner zur cessio bonorum zugelassen war[2]). Die Rechtswohlthat der Güterabtretung besteht sowohl im Gebiete des gemeinen Rechts[3]), als nach dem Code (civil art. 1265 ff., Code de comm. 566 ff.). Sie dient als Einleitung zur Konkurseröffnung. Für die Gläubiger soll sie ein Rechtstitel sein, sich aus dem Vermögen des Schuldners zu befriedigen, für den letzteren soll sie außer jener Wohlthat der Kompetenz die Befreiung von der Schuldhaft und von der Infamie bewirken. Der Entwurf kann die Güterabtretung nicht als einen Titel auffassen, der erst den Gläubigern das Recht gäbe, die Veräußerung der Güter für sich zu verlangen; der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit erzeugt mit und ohne Willen des Schuldners, mit und ohne Konkursantrag oder Güterabtretung desselben den Gemeinschuldanspruch. Die persönliche Schuldhaft zur Erzwingung seiner Verbindlichkeiten ist schon durch das Reichsgesetz vom 29. Mai 1868 allgemein aufgehoben, und damit ist auch das an Stelle der Güterabtretung von dem Französischen Fallimentsgesetz (art. 539. 541.) eingeführte, von der Preußischen Konkursordnung (§. 280. Abs. 1 u. 2.) übernommene Entschuldbarkeitsverfahren weg-

1) l. 25. §. 7. D. quae in fraud. cred. 42. 8.; l. 6. 7. D. de cess. bon. 42. 3.; l. 3. C. de bonis aut. jud. poss. 7, 72. Günther S. 48, v. Bayer §. 11. S. 25 Note 6.

2) l. 4. pr. §. 1. D. de cess. bon. 42. 3.; sie erstreckt sich auch auf die nicht angemeldeten Konkursforderungen (Erk. d. Reichs-Oberhandelsgerichts vom 5. Juni 1872, Entsch. Bd. 6. S. 295); ob sie aber nur im Fall einer Vertheilung der Masse (Erkenntniß des Ober-Tribunals zu Stuttgart in Seuffert's Archiv Bd. 23. Nr. 279.), oder auch im Fall eines Akkords (Erk. des O. A. G. zu Darmstadt, ebenda Bd. 25. Nr. 92.) Platz greift, ist streitig.

3) Sie ist noch in neuester Zeit für das Herzogthum Braunschweig durch §§. 7—9. des Gesetzes, betr. die Bankerotte, vom 29. Dezember 1870 geregelt.

gefallen. Und die Folgen für die persönliche Ehre des Schuldners werden durch die Wiedereinsetzung (Titel 8.) geregelt. Das Institut der Güterabtretung hat sonach, von der Nachforderungsfrage abgesehen, gegenwärtig allen Boden verloren. Das französische Recht aber hat niemals der Güterabtretung irgend einen beschränkenden Einfluß auf das Recht der unbefriedigten Konkursgläubiger, den Falliten in der Folge in Anspruch zu nehmen, zugestanden (Code civil 1270, Code de commerce 568). Gemeinrechtliche Gesetzgebungen dagegen haben sonst die cessio bonorum aufgegeben und gerade diese eine Seite derselben generalisirt; die Lübecker Konkursordnung (§. 134.) sichert den Schuldner gegen das Nachforderungsrecht durch eine allgemeine Rechtswohlthat der Kompetenz; die Bremer Debitverordnung (§§. 245. ff.)[1]) für die ersten drei Jahre; und das Hamburger Recht[2]) schließt das Nachmahnungsrecht, sofern die Masse gewisse Prozentsätze ergeben hat, gänzlich aus; es steht darin dem englischen und amerikanischen Recht der Entlastung[3]) gleich. Allein die Absicht, welche diesen Beschränkungen zu Grunde liegt, dem Gemeinschuldner wieder zu Wohlstand zu verhelfen, wird gewiß nicht erreicht durch bloße Belassung einer Kompetenz zur Bestreitung der nothwendigsten Lebensbedürfnisse; dazu bedarf es anderer Mittel; die Absicht schlägt fehl, denn solche Beschränkungen untergraben den Kredit; gerechte und billige Nachsicht findet der Schuldner schon durch die allgemeinen Exekutionsbeschränkungen (Entw. d. Proz. Ordn. §§. 651. 683.); darüber hinaus würde jede Beschränkung und gar Versagung eine Rechtsverletzung gegen die Gläubiger enthalten. Nur durch Akkord und Vergleich mit ihnen kann der Schuldner sich weiter schützen; der Akkord ist ein besseres Mittel zu seinem Emporkommen, und ein anderes Mittel daneben verträgt sich nicht mit dem Institut des Akkordes. Schon bei der allgemeinen Begründung desselben ist dies darzulegen versucht worden. Der Entwurf hebt daher auch den letzten Rest der cessio bonorum auf und beläßt mit dem Französischen und Preußischen Recht, dem Sächsischen bürg. Gesetzbuch (§. 766.), der Badischen und der Bayerischen Prozeßordnung (§. 831. bez. §. 1315.), der Oesterreichischen Konkursordnung (§. 54.), dem Dänischen Konkursgesetz (§. 135.) u. a., allen Gemeingläubigern das Recht, ihre nicht angemeldeten oder unberichtigt gebliebenen Forderungen gegen den Schuldner zu jeder Zeit für den ganzen Umfang seines Vermögens geltend zu machen, soweit sie nicht durch freiwilligen oder Zwangs-Vergleich einem Erlaß unterworfen sind.

1) Bei Aufhebung wegen mangelnden Aktivums vergl. §. 247.
2) Anlageband S. 61.
3) s. 49 der Englischen, ss. 29, 32 der Amerikanischen bankr. act.; Anlageband S. 109, 110, 123.

2. Ueber die Frage:

inwieweit die ergangenen Feststellungen und Urtheile (§§. 92. 143. Abs. 2., 146.) nach Aufhebung des Verfahrens wirksam gegen den Schuldner sind,

besteht im Gebiet des gemeinen Rechts und namentlich in dem der Preußischen Konkursordnung lebhafter Streit[1]).

Man neigt in der gemeinrechtlichen Praxis dahin, dem Lokations- und den Spezialurtheilen nicht die Kraft eines gegen den Schuldner vollstreckbaren Judikats, vielmehr blos die Bedeutung eines Beweisgrundes für die Richtigkeit des dem Urtheil unterliegenden Rechtsverhältnisses beizumessen, die nachfordernden Gläubiger daher auf den Weg der Klage zu verweisen[2]). Das Preußische Ober-Tribunal legt der konkursmäßigen Feststellung allgemein die Wirkung eines Judikats bei und erstreckt die Vollstreckbarkeit der Feststellung und der im Spezialprozeß ergangenen Urtheile auch gegen den früheren Gemeinschuldner[3]). Im Gegensatz hierzu befolgen verschiedene Instanzgerichte, sowie das Reichs-Oberhandelsgericht[4]) (von dem ausdrücklich normirten Falle des Akkords K. O. §. 201. abgesehen) die mit der gemeinrechtlichen übereinstimmende Praxis. Die juristische Konsequenz des Gemeinschuldrechts steht dieser zur Seite.

Allerdings ergreift »die Prüfung im Konkurse die Gemeinforderung in ihrem ganzen Umfang«, und auch bei dieser Prüfung giebt der Verwalter »seine Erklärungen ab als gesetzlicher Vertreter des Gemeinschuldners.« Aber schon in den Motiven zu §. 8. ist hervorgehoben, daß insbesondere diese Prüfung ihren beschränkten Zweck, sowie daß überhaupt die Vertretung des Verwalters in dem Zweck

---

1) Nach französischem Recht wird meist angenommen, daß es eine ausschließliche Wirkung des Konkordats sei, die Verifikation einer Forderung auch gegen den früheren Falliten verbindlich zu machen. Grimm u. Broicher Note III. 2. zu Art. 525. S. 167 und Note 3. zu Art. 531. Vergl. betreffs dessen die Motive zu §§. 183. 184.

Für das gemeine Recht vergl. die Abhandlung von Dr. Seuffert im Archiv für civil. Praxis Bd. 11. S. 365 ff.; Fuchs S. 68; Schweppe §. 138.

Für das preuß. Recht: die Abhandlung von Rüdorff: in der Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preußen Bd. 1. S. 665 ff., Bd. 2. S. 709, Bd. 3. S. 143; von Dr. Heidenfeld, ebenda Bd. 2. S. 134 ff.; von Hartmann in Gruchot's Beiträgen Bd. 2. S. 276; Makower, Studien S. 9 ff., 95 u. a.

2) Seuffert, Archiv Bd. 19. Nr. 195. (O. Trib. zu Stuttgart), Bd. 23. Nr. 100. (O. A. G. zu Dresden); Erkenntniß des Reichs-Oberhandelsgerichts vom 20. September 1872 (Entsch. Bd. 7. S. 135).

3) Erkenntnisse vom 22. Oktober 1863, 27. September, 20. Oktober, 1. Dezember 1864 (Striethorst, Archiv Bd. 50. S. 344, Bd. 54. S. 289 u. S. 336, Bd. 55. S. 326), vom 7. Juli 1864 (Entsch. Bd. 52. S. 454).

4) Erkenntniß vom 5. Dezember 1871 (Entsch. Bd. 4. S. 228) und vom 10. September 1872 (Entsch. Bd. 7. S. 62).

des Gemeinschuldverfahrens ihre Beschränkung habe. Nur zur Verwirklichung des Gemeinschuldanspruchs steht der Verwalter an Stelle des Schuldners. Während nun die Ansprüche der Vindikanten, der Absonderungs- und der Massegläubiger den Gemeinschuldanspruch nicht berühren, durch ihn und das Gemeinschuldverfahren nicht beschränkt werden, während sie daher in vollem Umfang zu erledigen und zu berichtigen sind, die Erklärungen des Verwalters und die ergehenden Urtheile betreffs ihrer unbeschränkte Wirksamkeit auch gegenüber dem Gemeinschuldner haben müssen, — ist die Anmeldung und die Feststellung der Gemeinforderungen im Gemeinschuldverfahren und in den Sonderprozessen auf den Kreis des Gemeinschuldrechts beschränkt; sie verfolgt und bewirkt nichts anderes, als: im Ganzen die Bestimmung der Höhe des Gemeinschuldanspruchs, und im Einzelnen: das Recht der Theilnahme an den Beschlußfassungen über die Gemeinmasse und an der Vertheilung derselben. Obwohl also das Theilnahmerecht auf dem Forderungsrecht des Gläubigers gegen den Schuldner beruht, und obwohl die Prüfung den vollen Umfang der Forderung umfaßt, hat die Feststellung lediglich Bezug auf die Gemeinmasse als solche und das Gemeinschuldverfahren. Darum mußten nicht blos die Erklärungen des Verwalters, sondern auch die jedes Gemeingläubigers entscheiden, auch ihnen Parteirollen zugestanden werden (Entw. §. 142.); darum endigt ein siegreicher Spezialprozeß nicht in einer Verurtheilung der Beklagten, sondern in »Feststellung« der Forderung nach Maßgabe der Anmeldung (§. 145.); darum mußte §. 143. Abs. 2. der Tabelle rücksichtlich der unstreitigen Forderungen die Kraft eines rechtskräftigen Urtheils und §. 146. den in besonderem Prozeß ergehenden Urtheilen die Wirksamkeit »gegenüber allen Gemeingläubigern« beilegen; und darum müßte dies gegenüber dem früheren Gemeinschuldner nach Aufhebung des Verfahrens an und für sich verneint werden.

Die Gesetzgebung indeß wird auf dem bloßen Standpunkt juristischer Konsequenz nicht stehen bleiben dürfen, sie wird nach einem Mittel suchen müssen, diese mit den praktischen Bedürfnissen zu versöhnen. Dasselbe Streitverhältniß liegt vor damals bei der Prüfung, wie jetzt bei der Nachforderung; die Feststellung ist ergangen wenn nicht auf Grund der eigenen Angaben des zur erschöpfenden Aufklärung verpflichtet gewesenen Schuldners, so doch auf Grund der eigenen Bücher und Skripturen desselben; die Richtigkeit der Feststellung kann auch sonst klar zu Tage liegen. Es würde unnöthigen und kostspieligen Aufschub verursachen, bösen Ausflüchten Thür und Thor öffnen, im Interesse des Schuldners nicht unbedingt geboten sein, das Interesse der Gläubiger aber unzweifelhaft gefährden, wenn dieselben genöthigt werden sollten, trotz der ihre Forderungen mittelbar anerkennenden Tabelle und Urtheile sie gegen den Schuldner von neuem durch Klage zu ver-

folgen. Aus diesem drückend fühlbar gewordenen Uebelstande ist die Praxis des Preußischen Ober-Tribunals hervorgegangen; ihn zu mildern, sieht die gemeinrechtliche Praxis die Ergebnisse der Konkursverhandlungen beim Mangel erheblicher Einwendungen des früheren Kridars auch gegen ihn als maßgebend an[1]).

Die Bayerische Prozeßordnung (Art. 1315. Abs. 2.) bestimmt für den Fall der Nachforderung, daß auf Grund der im Gantverfahren erfolgten ausdrücklichen Anerkennung oder gerichtlichen Entscheidung die Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner zulässig sei. Solche unbedingte Bestimmung verträgt sich nicht mit dem System des Entwurfs. Nach ihm haben die Erklärungen des Gemeinschuldners auf die Feststellung der Passivmasse keinen Einfluß; für das Gemeinschuldverfahren dienen sie nur zur Information; in den Spezialprozessen hat er keine Parteirolle. Für eine Forderung, die vom Verwalter anerkannt und demzufolge festgestellt worden, obwohl der Gemeinschuldner ihr ausdrücklich widersprochen hatte, kann gegen ihn nicht sofortige Zwangsvollstreckung mit Abschneiden aller Einwendungen eintreten.

Den entsprechenden Weg hat der §. 51. des Genossenschaftsgesetzes vom 4. Juli 1868 (Bund. Ges. Bl. S. 429.), §. 55. der Oesterreichischen Konkursordnung und Artikel 978. Abs. 3. des Hessischen Entwurfs einer Prozeßordnung vorgezeichnet. Das entsprechende Mittel giebt der Entwurf in §. 95. und §. 142. Der Gemeinschuldner kann und soll sich im Prüfungstermin über jede Forderung erklären; versäumt er dies, so fingirt das Gesetz, daß er auch seinerseits dem Verwalter zustimme. Die Feststellung, welche auf Grund des vom Verwalter abgegebenen Anerkenntnisses erfolgt ist, gilt daher auch als gegen ihn erfolgt. Man wird einen Schritt weiter gehen dürfen; ein stillschweigendes Bestreiten, das Bestreiten des Verwalters soll ihm nichts nützen; ist nachträglich durch Anerkenntniß des letzteren oder durch Spezialurtheil die Forderung festgestellt, so muß die Feststellung auch gegen den Schuldner wirken, wenn er die Forderung nicht ausdrücklich im Prüfungstermin bestritten hatte; die Gläubiger müssen wissen, woran sie sich gegenüber dem Gemeinschuldner zu halten haben. Darauf beruht es, wenn der §. 202. Abs. 2. allgemein für jede Art der Beendigung des Gemeinschuldverfahrens vorschreibt, daß diejenigen Forderungen, welche bis zur Aufhebung festgestellt und von dem Gemeinschuldner nicht rechtzeitig und ausdrücklich bestritten worden und bestritten geblieben sind, gegen ihn sollen durch Zwangsvollstreckung beigetrieben werden können. Weder der Schuldner noch auch die Gläubiger werden durch diese

1) Erkenntniß des O. A. G. zu Dresden in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung Bd. 11. S. 450; Annalen des Königl. Sächs. O. A. G. zu Dresden, ält. Folge Bd. 5. S. 66, neue Folge Bd. 3. S. 72.

Vorschrift verletzt; das Bestreiten des Schuldners hat auf das Theilnahmerecht der Gläubiger am Konkurse keinen Einfluß, es veranlaßt sie aber, den ihnen offen stehenden Weg der Klage gegen den Schuldner sofort zu beschreiten (vergl. Motive zu §§. 12. 13. und 14. Bd. 1. S. 55, 64.); und daß von dem Bestreiten auch ein weniger gewissenhafter Schuldner keinen ausgedehnten Gebrauch macht, wird ihm die Rücksicht auf einen Akkord, eine Unterstützung und seine Wiedereinsetzung verbieten; sind diese Rücksichten werthlos für den Schuldner, so wird auch das Nachforderungsrecht keinen Werth für die Gläubiger haben.

§. 203.

Pr. K. O. §. 126.

Die Aufhebung des Gemeinschuldverfahrens muß erfolgen, wenn das Eröffnungsurtheil nach Maßgabe des §. 111. angefochten und in der Berufungsinstanz aufgehoben worden ist. Hier geschieht die Aufhebung zwar nicht in Folge einer Beendigung des Gemeinschuldwesens, sondern weil das Verfahren keinen Anfang hätte nehmen dürfen. Man wird aber trotzdem eine Beseitigung der Eröffnung nicht überall[1]) durchführen können. Die im Vertrauen auf das Eröffnungsurtheil und in Verfolg desselben vorgenommenen Handlungen des Verwalters, eingegangenen Geschäfte, bewirkten Prüfungen und Feststellungen dürfen nicht rückgängig werden. Gläubiger und Dritte würden schwer leiden. Alle diese Akte waren gesetzmäßig erfolgt, die Eröffnung des Verfahrens war öffentlich bekannt gemacht. Es kann nicht die Eröffnung ungeschehen gemacht, vielmehr nur das Verfahren aufgehoben werden. Der Entwurf wendet daher auch auf diesen Fall die §§. 198. bis 202. an. Der Gemeinschuldner erhält das Recht der freien Dispositionsbefugniß zurück (§. 201.); die Wirkung der Aufhebung tritt erst ein mit geschehener Bekanntmachung (§§. 200. 199.); die gültig erworbenen Rechte der Gläubiger (§. 202.) sowie Dritter bleiben; und darum muß auch für Befriedigung der Masse und der Vorzugsgläubiger gesorgt werden (§. 198).

Den Schutz des Schuldners hat der Entwurf gesucht in den Vorschriften über das Eröffnungsverfahren zu gewähren.

---

1) Die außerhalb des Gemeinschuldverfahrens liegenden Folgen der Konkurseröffnung müssen freilich wieder beseitigt werden können (vergl. z. B. Art. 123. Nr. 1. und 3.; Art. 170. 200. 242. Nr. 4. des Deutschen Handelsgesetzbuchs).

Achter Titel.

Wiedereinsetzung des Gemeinschuldners.

Das Recht hat von Altersher die sittliche Anschauung bestätigt, daß die Ehre des Schuldners, welcher in Zahlungsunfähigkeit gerathen und dem Vertrauen seiner Gläubiger nicht entsprochen, eben deshalb und ohne jedes strafbare Verhalten mit einem Makel behaftet sei. Es ist bekannt, daß die venditio bonorum die infamia, und selbst die cessio bonorum eine Schmälerung der existimatio begründete, daß im Mittelalter der Satz galt: decoctor ergo fraudator, daß die spätere Reichsgesetzgebung zwar zur Milde neigte, daß aber die strengere Auffassung der italienischen Statuten nicht blos in fast alle fremdländischen Gesetzgebungen, sondern auch in die meisten Partikulargesetze Deutschlands eingedrungen ist[1]).

Das Wahlgesetz für den Reichstag vom 31. Mai 1869 (Bund. Ges. Bl. S. 145) schließt die Gemeinschuldner vom Wählen (§. 3. Nr. 2.) und von der Wählbarkeit (§. 4.) aus; nach §. 83. der Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869 (Bund. Ges. Bl. S. 245) können Gemeinschuldner von dem Eintritt in eine Innung ausgeschlossen werden. Der Entwurf eines Gesetzes »über die Verfassung der Gerichte im Deutschen Reiche für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen« erklärt die Gemeinschuldner in §. 50. Nr. 2. für unfähig zum Schöffenamt und untersagt in §. 88. Abs. 3., sie zu Handelsrichtern zu ernennen.

Gleiche Bestimmungen treffen die Partikulargesetze. Sie enthalten ferner Bestimmungen, durch welche den Gemeinschuldnern das Wahlrecht und die Wählbarkeit zu den Vertretungen von Gemeinde und Kreis, das Bürgerrecht, die Mitgliedschaft von Handelskammern, das Amt eines Handelsmaklers, das eines Verwalters und Vormundes, das Recht, eine Partei vor dem Handelsgericht zu vertreten, die Börse zu besuchen und ähnliche Rechte entzogen werden[2]). Kaum eine Börsenordnung möchte es geben, welche Gemeinschuldnern den Besuch der Börse gestattete.

---

1) Vergl. Schweppe §. 30. Nr. 4.; v. Bayer §§. 11. 12. Note 4., §§. 15. 17. Note 6., §. 22.; Günther S. 100; Fuchs S. 12 Note 1. S. 48.

2) Für Preußen vergl. außer §. 310. der Konkursordnung namentlich die Kreisordnung vom 13. Dezbr. 1872 §. 34. §. 96. Abs. 2., §. 106., die Städteordnung vom 30. Mai 1853 §. 7. letzter Abs., die Gemeindeordnung vom 11. März 1850 §. 4., die für Westfalen vom 31. Oktober 1841 §. 47. (Ges. Samml. S. 306), für die Rheinprovinz vom 23. Juli 1845 §. 40. (Ges. Samml. S. 533), die Städteordnung für Westfalen vom 19. März 1856 §. 22. und für die Rheinprovinz vom 15. Mai 1856 §. 7. (Ges. Samml. S. 272 u. 410), sowie das Gesetz vom 15. Mai 1856 Art. 12. (Ges. Samml. S. 438), die Gesetze vom 3. April 1847 §. 13. Nr. 1 und §. 32. und die Verordn. vom 11. Febr. 1848 §. 11. Nr. 4. u. §. 14. (Ges. Samml. 1847 S. 184, 1848 S. 65); Art. 931. Abs. 3. des Einf. Ges. z. Hand. Ges. B. u. §. 25. dess. Einf. Ges. für Schleswig-Holstein vom 5. Juli 1867 (Ges. Samml. S. 1139) u. s. w. — Für das Königreich Sachsen vergl. Günther S. 100 Note 181.

Alle diese »politischen, bürgerlichen, persönlichen und Ehrenrechte« wird man richtig unter dem Ausdrucke: »Bürgerliche Ehrenrechte« zusammenfassen müssen. Indessen ist es für den Entwurf nicht möglich, sie alle einzeln aufzuzählen, ohne gegen die Vollständigkeit der in sämmtlichen Staaten zur Zeit geltenden Bestimmungen zu verstoßen und ohne das Recht der Landesgesetzgebung für die Zukunft einzuengen. Es ist ebensowenig nöthig, einzelne Beschränkungen hervorzuheben; insbesondere erübrigt sich die Vorschrift der Preußischen Konkursordnung in §. 310., daß Gemeinschuldner nicht auf der Börse erscheinen und nicht Mäkler sein dürfen, durch die Börsen- und Mäklerordnungen, die Ausschließung von dem Amte eines Gemeinverwalters und einer handelsgerichtlichen Vertretung durch die Vorschriften des Entwurfs, sowie des Prozeßordnungs-Entwurfs, und endlich hat die Vorschrift über die Mitgliedschaft einer kaufmännischen Korporation durch das Deutsche Handelsgesetzbuch bezw. durch Art. 3. §. 4. des Preußischen Einführungsgesetzes ihre Bedeutung verloren.

Es liegt auch begrifflich nicht in der Aufgabe einer Gemeinschuldordnung, die Beschränkungen der Ehrenrechte zu fixiren, welche der Gemeinschuldner auf den verschiedenen Gebieten des bürgerlichen Lebens erleiden soll. Man wird davon auszugehen haben, daß durch die Eröffnung des Konkurses solche Beschränkungen für ihn eingetreten sind. Aber sie können nicht ewig dauern; es muß ein Ende für sie geben. Sollen sie unterschiedslos aufhören mit der Beendigung des Konkurses, gleichmäßig für unverschuldete, entschuldbare, leichtfertige oder gar boshafte Kridare? Sollen sie dauern bis zu einer Wiederherstellung der Ehrenrechte? Unter welchen Voraussetzungen und von wem soll ein solcher Akt geschehen? Das sind die Fragen, welche eine Gemeinschuldordnung zu lösen hat.

Die erwähnten Reichsgesetze, das Wahlgesetz und die Gewerbeordnung, knüpfen unterschiedslos die Dauer jener Beschränkungen an die Dauer des Konkurses; der gedachte Entwurf behält die Bestimmung darüber ausdrücklich der Gemeinschuldordnung vor; einzelne Partikulargesetze halten die Beschränkungen aufrecht, so lange bis die gewesenen Gemeinschuldner die Befriedigung ihrer Gläubiger nachgewiesen haben[1]); nach anderen Gesetzen fallen die Beschränkungen hinweg, »wenn das Konkursgericht bezeugt, daß im Konkursverfahren nicht solche Umstände ermittelt sind, welche den Gemeinschuldner des öffentlichen Vertrauens unwürdig machen«[2]).

1) z. B. §. 276. der Preußischen Strafprozeßordnung für die neuen Provinzen vom 25. Juni 1867 (Ges. Samml. S. 933 ff., 997); §. 7. letzt. Abs. der Preußischen Städteordnung v. 30. Mai 1853.

2) Vergl. z. B. §. 25. des Preuß. Einf. Ges. z. Hand. Ges. B. für Schleswig-Holstein vom 5. Juli 1867 (Ges. Samml. S. 1139).

In der That, von der alten Cessio bonorum bis zur modernen Rehabilitation zieht durch alle Konkursgesetze sich die Unterscheidung hindurch zwischen ehrenwerthen und ehrlosen Schuldnern[1]). Auf dieselbe gestützt, haben fast alle modernen Gesetzgebungen besondere richterliche Akte ausgebildet zur Wiederherstellung der vom Gemeinschuldner verlorenen Rechte, — réhabilitation, Wiederbefähigung, certificate, discharge[2]). Ein solches Institut ist unentbehrlich, um Vorsicht und Sorgfalt im Geschäftsbetriebe wach zu erhalten, um jeden Gemeinschuldner anzuspornen, sich von dem Makel zu reinigen, den die Eröffnung des Konkurses, wie auch immer dieser entstanden, ihm anheften muß[3]).

Die englisch-amerikanische Entlastung befreit den ehrenwerth befundenen Schuldner von der Nachzahlung der Ausfälle seiner Gläubiger. Dieselbe Idee tritt in der gemeinrechtlichen Cessio bonorum und einigen Deutschen Partikularrechten, wie dem Hamburger Rechte, hervor. Die Nachzahlung abhängig von der Ehrenhaftigkeit. Der Entwurf hat dieses Prinzip zum sechsten und siebenten Titel zurückgewiesen.

Die Wiederherstellung der Ehre abhängig von der Nachzahlung, ist das umgekehrte Prinzip der französisch-preußischen Rehabilitation. Nur die völlige Nachzahlung der Ausfälle seiner Gläubiger befreit den Schuldner von den in seiner Ehre erlittenen Beschränkungen.

Der Entwurf will die Wiedereinsetzung des Gemeinschuldners in seine Ehrenrechte im Prinzip abhängig machen von seiner Ehrenhaftigkeit.

Das Prinzip der Rehabilitation läßt zu sehr die Schuldlosigkeit und das Unglück außer Acht; mit Unrecht hält es von ihr solche Schuldner fern, die nicht durch Glück oder Unterstützung zu ergiebigen Einnahmen gelangt sind; das Verfahren entspricht nicht überall dem Zwecke, — und dadurch ist es gekommen, daß wenigstens in der preußischen Praxis das Institut kein volles Leben gewonnen hat[4]).

Ein prinzipieller Uebelstand liegt auch in der Beschränkung des Instituts auf Kaufleute. Auch Nichtkaufleute erleiden durch den Konkurs Ehrenbeschränkungen, wohl nicht überall gleiche; aber ebensowenig können die Gesetze sie ausnehmen

1) Am schärfsten spricht das Spanische Hand. Ges. B. den Gedanken aus; es unterscheidet 5 Klassen von Fallimenten: 1. Ausstellung der Zahlungen, 2. Insolvenz aus zufälligen Ursachen entstehend, 3. strafbare, 4. betrügliche Insolvenz, 5. boshaftes Falliment, so daß der Fallit sich mit dem Vermögen seiner Gläubiger davon macht (Art. 1002). Die Qualifizirung des Falliten muß in jedem Fallitverfahren stattfinden (1137. bis 1143).

2) Code 604. ff., Fall. Ges. 604. ff; Belg. Fall. Ges. 586. ff.; Holländ. Hand. Ges. B. 892. ff.; Spanisches 1002. 1137—1143. 1168. ff.; Preuß. Konk. Ordn. §§. 310. ff.; Oesterreichische §§. 246. ff.; Englische bankr. act. ss. 48 ff.; Amerik. ss. 29 ff.

3) Vergl. die Motive des Oesterreichischen Referenten-Entwurfs in Kaserer S. 279.

4) Vergl. S. Meyer in der Deutschen Gerichtszeitung IV. Jahrg. 1862 S. 138 ff.

von Ehrenbeschränkungen, noch können diese den nicht kaufmännischen Schuldner etwa ohne Rücksicht auf seine Verschuldung treffen oder unterschiedslos aufhören mit dem Ende des Konkurses. Kann schon kaum die Rede sein von einer spezifisch kaufmännischen Ehre, so ist kaufmännischer Stand jetzt unbegrenzt und wandelbar. Selbst der Börsenbesuch ist nicht mehr den Kaufleuten eigenthümlich. Die Börsenordnung für Berlin vom 20. April 1866 hat es nicht übersehen, von den Börsenversammlungen auch die Personen auszuschließen, über deren Vermögen der »gemeine« Konkurs eröffnet worden.

Sonach spricht

§. 204.

Pr. K. O. §§. 310. 317. 318.

es allgemein aus, daß alle Beschränkungen, welche ein Schuldner durch den Eintritt des Gemeinschuldverfahrens in der Ausübung der bürgerlichen Ehrenrechte nach den Reichs- oder den Landesgesetzen oder autonomischen Statuten erleidet, so lange dauern sollen, bis er die förmliche Wiedereinsetzung in seine Rechte durch das Gericht erlangt hat.

Nur eine Ausnahme ergiebt sich aus der Natur der Sache. An den meisten Handelsplätzen werden die Handelsgeschäfte auf der Börse zur Ausführung gebracht; der Besuch der Börse ist Bedingung für den Geschäftsbetrieb und den Geschäftserwerb; dieser wieder bedingt zumeist (§. 209.) die Möglichkeit der Wiedereinsetzung. Letztere kann daher nicht unbedingt Voraussetzung sein für den Börsenbesuch, derselbe muß schon vorher von dem Börsenvorstand gestattet werden können.

Die Wiedereinsetzung soll von dem Konkursgericht geschehen; das französische Recht weist sie den Appellhöfen zu; von ersterem indeß wird man eine ebenso unbefangene Beurtheilung wie von diesen erwarten können, und jenes wird von den in Betracht zu ziehenden Thatsachen genauer und selbständiger unterrichtet sein; das ermöglicht eine erhebliche Vereinfachung des Verfahrens (vergl. übrigens die Motive oben S. 4).

Die Wiedereinsetzung auch nach dem Tode des Gemeinschuldners auf Antrag seiner Erben eintreten zu lassen (Franz. Fall. Ges. art. 614.; Preuß. Konk. Ordn. §. 317.), erscheint nicht geboten. Das Interesse der Hinterbliebenen, das Andenken des Verstorbenen in seiner Reinheit wieder hergestellt zu sehen, der Antrieb, die Verbindlichkeiten desselben ohne rechtliche Pflicht zu tilgen und die Belohnung für solche Pietät gehören nicht dem Rechtsgebiet an und nicht zu den Funktionen eines Gerichts. Die Wiedereinsetzung kann nichts anderes bezwecken, als daß der Schuldner wieder in den Stand gesetzt werde, seine bürgerlichen Ehrenrechte auszuüben; bei einem Verstorbenen würde sie gegenstandslos sein.

§. 205.

Pr. K. O. §. 316.

Daß die Wiedereinsetzung in keinem Falle einem Gemeinschuldner zu Theil werden darf, der wegen betrüglichen Bankerutts verurtheilt ist, bedarf gewiß nicht einer Begründung. Die Preußische Konkursordnung versagt sie überhaupt, sofern gegen ihn wegen irgend eines Verbrechens oder Vergehens der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte oder die Untersagung ihrer Ausübung auf Zeit ausgesprochen ist. Nach dem System des Deutschen Strafgesetzbuchs tritt nur für gewisse Ehrenrechte ein dauernder Verlust ein (§. 33.); für sie kann selbstverständlich eine Wiedereinsetzung des Gemeinschuldners nicht Platz greifen; im übrigen ist der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte auf eine im Strafurtheile bestimmte Zeit beschränkt (§§. 34. 35. 36.); auch während diese Zeit dauert, wird eine Wiedereinsetzung nicht stattfinden dürfen. Aber nach Ablauf der Zeit möchte es nicht gerechtfertigt sein, die Wirkung über sie hinaus zu erstrecken und die Wiedereinsetzung auszuschließen, wenn sonst die Voraussetzungen für sie erfüllt sind.

Die nahe Beziehung des einfachen Bankerutts zu der Wiedereinsetzung macht diese, so lange die Strafe dauert, unthunlich, wenngleich die Strafe nicht den Verlust der Ehrenrechte nach sich zieht.

§. 206.

Wenn die Zahlungsunfähigkeit und der Konkurs des Gemeinschuldners allgemeinen Krisen, besonderen Unglücksfällen, vielleicht dem Benehmen Anderer zuzuschreiben ist, ohne daß ihn irgend eine Verschuldung trifft, so kann nicht zugegeben werden, daß die Ehre des Gemeinschuldners, sei er Kaufmann oder nicht, mit einem Makel behaftet bleiben dürfe, daß sein guter Ruf so lange beeinträchtigt bleibe, bis er seine Gläubiger für die erlittenen Verluste sämmtlich und völlig befriedigt habe[1]). Ein ehrenhafter Schuldner wird gewiß alle Anstrengungen machen, es dahin zu bringen; ob es ihm aber gelingen wird, hängt überwiegend von äußeren Glücksumständen ab. Sie höher zu stellen als Ehrenhaftigkeit, hieße eben das Wesen der Wiedereinsetzung verkennen, hieße den ohne Schuld in Unglück gerathenen Schuldner schlimmer strafen, als einen Verbrecher, dessen gute Führung sogar einen theilweisen Erlaß der erkannten Strafzeit ermöglicht (Deutsches Strafgesetzbuch §§. 23. 26). Auszugehen für die Wiedereinsetzung hat man stets von der Frage: ob der Gemeinschuldner an dem Eintritt seiner Zahlungsunfähigkeit Schuld

1) Motive zur Preußischen Konkursordnung in Goltdammer S. 460; zur Oesterreichischen Konkursordnung in Kaserer S. 105.

trägt oder schuldlos ist? Muß letzteres gerichtlich bezeugt werden, so sind die durch die Konkurseröffnung entstandenen Zweifel an seiner Ehrenhaftigkeit beseitigt; die Wiederherstellung aller Ehrenrechte ist die nothwendige Folge. Nicht blos für den Fall eines geschlossenen Akkordes (Code 526.; Holl. Hand. Ges. B. 850.; Preuß. Konk. Ordn. §. 318.); auch der Abschluß eines Akkordes hängt von äußeren Umständen ab. Nur die Voraussetzung wird noch gestellt werden dürfen, daß der Schuldner auch den ihm während des Gemeinschuldverfahrens obliegenden Pflichten treulich genügt habe.

Es leuchtet ein, die Untersuchung der so gestellten Fragen muß im Gemeinschuldverfahren, nicht früher als bei Aufhebung, aber noch vor Aufhebung desselben erfolgen. Sie muß erfolgen durch den sachkundigen Richter unter dem frischen Eindruck der Verhandlungen, nach Anhörung der beiden Organe, des Verwalters und Gläubigerausschusses; und wenn auch eine Abstimmung der einzelnen Gläubiger oder die besondere Berufung einer Gläubigerversammlung so wenig erforderlich ist, wie gerathen sein wird, so muß doch auch den einzelnen Gläubigern Gelegenheit gegeben sein, über die Schuldbarkeit des Gemeinschuldners thatsächliche Angaben zu machen. Die diskretionäre Frage entzieht die blos nach freier Ueberzeugung mögliche Entscheidung des Gerichts jedem Rechtsmittel.

So steht dem Schuldner der Weg offen, zugleich mit seinen Vermögensbefugnissen auch die Ausübung seiner Ehrenrechte wiederzuerlangen.

§§. 207—209.
Pr. K. O. §§. 311—315.

Wird der Antrag des Schuldners verworfen, oder hat er nicht gewagt, bei Ablauf des Verfahrens ihn zu stellen, so ist damit seine Schuldlosigkeit verneint; es ist nicht zu hart, ein späteres Zurückkommen auf diese Frage auszuschließen; es würde auch praktisch kaum ausführbar sein. Der Gemeinschuldner ist nicht ohne Schuld an den Verlusten, welche seine Gläubiger erlitten. Das lastet auf seiner Ehre. Den Makel muß er mit den Verlusten tilgen. Nur die völlige Nachzahlung aller Ausfälle, seien die Forderungen im Konkurse anerkannt oder angemeldet worden (Span. Hand. Ges. B. 1171. 1172.) oder nicht, kann die Ehrenrechte des gewesenen Gemeinschuldners im vollen Umfange wiederherstellen. Die bloße Erfüllung der in einem Zwangsvergleich festgesetzten Zahlungen darf für die Regel nicht genügen; das Zustandekommen und die Bestätigung eines Zwangsvergleichs läßt sich mit der Makellosigkeit des Gemeinschuldners nicht identifiziren, und es ist oben hervorgehoben, daß selbst die konsentirenden Gläubiger einem Zwange gehorchen. Wohl aber muß ein ausdrücklicher freiwilliger Erlaß oder eine sonstige Art rechtlicher Tilgung der Zahlung gleichgestellt werden.

Die völlige Tilgung muß nachgewiesen sein, auch wenn Geschäftsunkenntniß, Mangel natürlicher Fähigkeiten, das Zusammentreffen von Unglücksfällen und andere Umstände den nicht schuldlosen Kridar als entschuldbar erscheinen lassen möchten; er kann sich nicht auf Kosten Anderer entschuldigen. Die Strenge ist nöthig; der Gemeinschuldner soll sich bemühen, den zugefügten Schaden auszugleichen oder wenigstens einen Erlaß seiner Restschulden zu erlangen. Es würde indeß zu weit gehen, jede Ausnahme zu verschließen. Der Entwurf läßt unter besonders geeigneten Umständen eine Befürwortung der Gemeindebehörde die völlige Tilgung ersetzen. Dahin wird vor allem der Fall eines Akkordes, namentlich des einstimmig genehmigten Akkordes zu rechnen sein; aber nicht blos dieser (Preuß. Konk. Ordn. §. 318). Ein anderer Hauptfall wird der sein, daß die Eröffnung des Konkurses wegen ungenügender Masse unterblieben ist, und der Schuldner gemäß dem Schlußsatz des §. 108. seine Wiedereinsetzung nachsuchen muß. Die Befürwortung wird die Geschäftsführung und Ehrenhaftigkeit des Schuldners sowohl vor als nach dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit bezw. des Konkurses in Betracht zu ziehen haben. Eine zweite Ausnahme muß darin erblickt werden, daß einzelne Gläubiger nicht zu ermitteln sind; des Gebots einer öffentlichen Ladung derselben (Preuß. Konk. Ordn. §. 313.) wird es nicht bedürfen, wenn das Gericht nur ermächtigt wird, von dem Nachweise ihrer Befriedigung abzusehen.

Die völlige Befriedigung seiner Gläubiger giebt dem Schuldner ein Recht auf Wiedereinsetzung; die in der Nichtbefriedigung gelegene levis nota ist beseitigt, auch wenn das Falliment nicht entschuldbar war; Achtung und öffentliches Vertrauen wird ein solcher Schuldner sich anderweit verdienen müssen, die bürgerlichen Ehrenrechte können ihm nicht mehr vorenthalten werden.

Auf diese Auffassung stützt sich das in den §§. 208. 209. vorgeschlagene Verfahren. Ist die geschehene Nachzahlung aller Ausfälle die Grundlage für die Wiedereinsetzung des Schuldners nach Aufhebung des Konkurses, so ist damit das Widerspruchsrecht jedes Gemeingläubigers, die Nothwendigkeit einer mündlichen Verhandlung und eines Rechtsmittels gegen den Beschluß des Gerichts gegeben. Die öffentliche Bekanntmachung des Termins nach Maßgabe des §. 98. ist zweckentsprechender als ein ungenügend beachteter Aushang an Börse und Gerichtsstelle, wie die Preußische Konkursordnung §. 312. es vorschreibt; die Scheu der letzteren, daß durch die Veröffentlichung nachträglich daran erinnert werde, daß der Schuldner früher in Konkurs gefallen[1]), kann nicht getheilt werden, denn es wird zugleich dadurch bekannt, daß er, wozu er rechtlich vielleicht nicht einmal verpflichtet war, den

1) Vergl. den Kommissionsbericht beider Kammern in Goltdammer S. 463 Nr. 2.

Gläubigern alle Verluste ersetzt habe. Die Scheu ist auch weder von der Französischen (Code und Fall. Ges. 607.), noch der Belgischen (587.), Holländischen (895), oder Oesterreichischen Gesetzgebung (250.) getheilt worden.

Die

§§. 210—212.

Pr. K. O. §. 315.

betreffen sowohl den Fall, daß bei Aufhebung (§. 206.) als daß nach Aufhebung des Konkurses (§. 207.) ein Beschluß über die Wiedereinsetzung gefaßt ist.

Wird die Wiedereinsetzung abgelehnt, so darf nach art. 610. des Code der Antrag niemals wiederholt werden; diese Bestimmung enthält eine übermäßige Härte. Allerdings muß das Gesetz leichtfertigen Anträgen mit Nachdruck entgegenwirken; der Schuldner möge selbst prüfen, ob er allen seinen Verbindlichkeiten nachgekommen ist. Man darf ihm aber die Möglichkeit nicht abschneiden, durch nachträgliche Beibringung erforderlicher Nachweise späterhin noch zur Wiedereinsetzung zu gelangen. Der Entwurf gestattet deshalb mit der Preußischen Konkursordnung (§. 315.) eine Wiederholung des Antrags nach Ablauf von drei Jahren. Das Französische und das Belgische Fallimentsgesetz (art. 610. bezw. 589.) begnügen sich sogar mit einjährigem Zeitraum.

Neunter Titel.
Abgekürztes Gemeinschuldverfahren.

§§. 213—215.

Pr. K. O. §§. 297—305.

Die Förmlichkeiten eines Verfahrens müssen zu dem Gegenstande, welchen es betrifft, in richtigem Verhältnisse stehen. Umfangreiche und verwickelte Vermögens- und Schuldverhältnisse erfordern eine umständlichere Behandlung und einen größeren Apparat, als Fälle von geringerer Erheblichkeit und Komplikation; das Verfahren, welches Verhältnisse der ersteren Art zu berücksichtigen hat, würde für Fälle der letzteren Art nicht überall passend sein. Diese Erwägung läßt die Aufstellung besonderer Vorschriften als gerechtfertigt erscheinen, deren Zweck es ist, da wo die Masse geringfügig und der Verkehr des Gemeinschuldners und damit der Kreis der Gemeingläubiger von geringem Umfange ist, die Erledigung der Sache angemessen abzukürzen und eine Verminderung der Kosten herbeizuführen. Eine ähnliche Tendenz findet sich schon im gemeinen Recht, sowie in einzelnen

Gesetzgebungen (Preuß. Konk. Ordn. §§. 297—305.; Bad. Civ. Proz. Ordn. §. 832.; Württemb. Organisations-Edikt vom 31. Dezember 1818 §§. 164. ff. 179).

Die Beurtheilung, in welchen Fällen eine solche Abkürzung und Vereinfachung des Gemeinschuldverfahrens an der richtigen Stelle ist, muß dem Ermessen des Gerichts überlassen bleiben; es kommt lediglich auf die Umstände des einzelnen Falls an. Allgemeine Gesichtspunkte würde man nur als Instruktion, nicht als bindende Vorschrift aufstellen dürfen; insbesondere erscheint es bedenklich, mit der Preußischen Konkursordnung (§. 297. Abs. 2.) das abgekürzte Verfahren für alle Fälle obligatorisch zu machen, in denen die Theilungsmasse die Summe von Eintausend Thalern nicht übersteigt. Es kann sehr leicht vorkommen und ist nicht selten, namentlich bei abgelegenen Produktionsgeschäften, vorgekommen, daß trotz der geringeren Masse der Geschäftsverkehr des Gemeinschuldners und der Kreis seiner Gläubiger eine weite Ausdehnung hatte.

Das vom Entwurf vorgeschlagene Eröffnungsverfahren giebt ausreichende Gelegenheit, die Verhältnisse des Gemeinschuldners zu übersehen, so daß der Beschluß, ob das abgekürzte Verfahren eintreten soll, stets bei der Eröffnung gefaßt werden kann; eine nachträgliche Umwandlung des ordentlichen in ein abgekürztes Verfahren verbietet sich durch die Natur der für dieses vorzuschreibenden und zur sofortigen Kenntniß der Betheiligten zu bringenden Abweichungen.

Die Abweichungen, welche die Preußische Konkursordnung vorschreibt: die Verbindung der Siegelung mit der Inventur, die sofortige Bestellung eines definitiven Verwalters, der Fortfall der besonderen Frist zur Anbringung von Einwendungen gegen einen Theilungsplan (§§. 301. 302. 305.) sind für den Entwurf nicht Abweichungen vom gewöhnlichen Verfahren. Trotz derselben müssen nach der Preußischen Konkursordnung um die einfachste Sache auf die einfachste Art — durch Akkord — zu beendigen, erst drei oder vier Termine, der Wahl-, der Prüfungs-, der Erörterungs- und der Akkordtermin, abgehalten werden, ehe die Bestätigung des Akkordes erfolgen kann. Der Entwurf betrachtet es als die wesentlichste Abkürzung, daß die in dem ordentlichen Verfahren nothwendig auseinanderzuhaltenden Termine in dem abgekürzten verbunden werden; so kann eine Sache mit Abhaltung eines einzigen Termins in einem Zeitraum von höchstens zwei Monaten zu Ende geführt werden. Die Kosten der Bekanntmachung einer Anmeldefrist sind dadurch zu ersparen, daß gesetzlich die Anmeldungen eine gewisse Zeit vor dem Termine erfolgt sein müssen. Soll in letzterem zugleich über einen Zwangsvergleich Beschluß gefaßt werden, so muß der Vergleichsvorschlag, damit ihn die Gläubiger frühzeitig erhalten, eine angemessene Zeit vorher überreicht worden sein. Der Entwurf erläßt für das abgekürzte Verfahren ferner die obligatorische Vor-

nahme von Abschlagsvertheilungen (§. 149.) und die obligatorische Bestellung eines Gläubigerausschusses (§. 85). Wenn man im gemeinen Recht und auch partikularrechtlich (Hannov. Proz. Ordn. §. 615. a. E., Badische §. 832. Nr. 2.) das Gericht ermächtigt, in geringfügigen Sachen von der Bestellung eines Gemeinverwalters abzusehen und die Verwaltung selbst zu übernehmen, so beruht dies, wie schon früher ausgeführt ist, auf einem unrichtigen Prinzip. Es ist aber auch wenig gerathen, mit der Preußischen Konkursordnung (§. 303.) die Bestellung eines Gläubigerausschusses unbedingt zu verbieten. Man wird vielmehr die Frage, ob ein Ausschuß gebildet werden soll, der Einsicht und Entscheidung der Gläubiger überlassen können und müssen. Wird Abstand von der Bestellung eines Ausschusses genommen, so liegt darin ein Verzicht der Gläubiger auf eine besondere, dem Ausschusse sonst zustehende Kontrole der Geschäftsführung des Verwalters. Der Verwalter handelt, wo sonst eine Mitwirkung des Ausschusses vorgeschrieben ist (§§. 123. 133. 136. 141. 196.), allein, und wo sonst der Ausschuß allein zu entscheiden hätte (§§. 151. 154. 156. 159.), an dessen Stelle. Die Einigung über seine Gebühren hat der Verwalter mit den Gläubigern selbst zu suchen; ebenso werden diese selbst über die Kompetenz des Gemeinschuldners, die Fortführung seines Geschäfts, über die Wahl der Hinterlegungsstelle und die Hinterlegungsbedingungen (§. 132.) zu befinden haben müssen; man wird auch gut thun, von den im §. 134. gedachten Fällen die Vornahme der unter Nr. 1. und 3. bezeichneten Maßregeln nicht ausschließlich dem Verwalter zu überlassen, die Gültigkeit dieser Maßregeln vielmehr an die Genehmigung der Gläubiger zu binden. Die Entschließungen haben diese selbstverständlich nicht einzeln, sondern durch Beschlußfassung in einer Gläubigerversammlung in Gemäßheit der §§. 90. ff. zu treffen; nur wird die vorherige Bekanntmachung des Gegenstandes (§. 94.) entbehrlich sein. Die Vorprüfung eines Vergleichsvorschlags (§. 171.) fällt von selbst hinweg, und das Recht der Zurückweisung eines solchen (§. 170.) wird man dem Verwalter allein nicht übertragen dürfen. Umgekehrt möchte es sich nicht empfehlen, die Festsetzung von Strafzinsen gegen den Verwalter (§. 137.) einem Mehrheitsbeschlusse der Gläubiger zu übertragen; der Entwurf legt sie in die Hände des Gerichts. Daß im übrigen die vorbereitende und begutachtende Thätigkeit des Gläubigerausschusses (§§. 82. 84., §§. 174. 179. 182. 194. 206. 209.) nicht auf andere Personen übergehen kann, bedarf keiner Erörterung.

Drittes Buch.

Besondere Bestimmungen für das Gemeinschuldverfahren über Theilmassen.

Bei Begründung des §. 3. des Entwurfes (Motive Bd. 1. S. 24., 25.) ist darauf hingewiesen, daß der Charakter der Allgemeinheit, der dem Gemeinschuldverfahren beiwohnt, nur ausnahmsweise ein solches Verfahren auf einen Theil des dem Gemeinschuldner gehörigen Vermögens beschränkt zuläßt. Ein s. g. Partikularkonkurs läßt einen anderen Theil des Vermögens unberührt. Unter Vermögenstheil indeß sind nicht einzelne Vermögensstücke zu verstehen, welche zur Gemeinmasse an sich gehören, aus denen aber gewisse Gläubiger eine von den Gemeingläubigern abgesonderte Befriedigung erstreben können. Darin liegt der Unterschied des Partikularkonkurses von dem s. g. Spezialkonkurs. In diesem Buch werden die besonderen Fälle geregelt, in denen ein Partikularkonkurs, ein Gemeinschuldverfahren über Vermögenstheile oder über Theilmassen zulässig erscheint. Als solche Fälle sind oben a. a. O. bezeichnet:

1. das Gemeinschuldverfahren über das inländische Vermögen eines Ausländers,
2. das Gemeinschuldverfahren über Handelsgesellschaften,
3. das Gemeinschuldverfahren über einen Nachlaß.

Daß in allen diesen Fällen das Verfahren über einen Vermögenstheil des Gemeinschuldners eröffnet wird, leuchtet ohne Weiteres ein: neben dem inländischen Vermögen des Ausländers steht dessen mitverhaftetes ausländisches Vermögen; neben dem der Handelsgesellschaft das Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter, welches ebenfalls für die Gesellschaftsschulden verhaftet ist; nebem dem geerbten das eigene Vermögen des Erben.

An den zweiten Fall schließt sich das Gemeinschuldverfahren über das Vermögen einer eingetragenen Genossenschaft an, denn neben dem Vermögen der

Genossenschaft kann auch das Privatvermögen der Genossenschafter, welches subsidiär haftet, in Anspruch genommen werden. Die Genossenschaften berühren sich insofern, trotz ihrer Natur als juristischer Personen, mit den Handelsgesellschaften und unterscheiden sich hierin von den Aktiengesellschaften. Dagegen kann das über das Vermögen einer Aktiengesellschaft eröffnete Gemeinschuldverfahren nicht als ein Partikularkonkurs aufgefaßt werden, denn das Vermögen der Aktiengesellschaft ist nicht ein Vermögenstheil, neben welchem noch anderes, eventuell mithaftendes, aber zunächst von dem Verfahren noch ausgeschlossenes Vermögen vorhanden ist. Die Aktionaire haften nur mit ihrer Einlage, ihr nicht eingeschossenes Vermögen bleibt ganz unberührt, und kann bei Insuffizienz des Gesellschaftsvermögens nicht herangezogen werden. Das Gemeinschuldverfahren über das Vermögen einer Aktiengesellschaft zeigt nur einen Unterschied, daß nämlich der Gemeinschuldner nicht ein Individuum, sondern eine juristische Person ist. Dieser Umstand kann so wenig für sie wie für irgend eine andere juristische Person einen Unterschied hinsichtlich des Gemeinschuldverfahrens und des Gemeinschuldrechts begründen. Daher sind weder hier noch überhaupt besondere Vorschriften für ein solches Verfahren zu geben. Wenn gleichwohl in einigen Konkursordnungen, insbesondere in der Preußischen §§. 281—285., für den Konkurs über Aktiengesellschaften besondere Vorschriften ertheilt worden sind, so hatte dies wesentlich seinen Grund in der damaligen Rechtslage der Aktiengesellschaften. Erst durch das Deutsche Handelsgesetzbuch ist ein fester Boden für sie gewonnen; und ihre Rechtslage ist seitdem durch das Reichsgesetz vom 11. Juni 1870 (B. G. Bl. S. 375) noch vereinfacht worden, sofern dasselbe auch diejenigen Aktiengesellschaften, deren Gegenstand nicht in einer Handelsunternehmung besteht, zu den Handelsgesellschaften rechnet (Art. 208.), und sofern es alle Aktiengesellschaften von der Staatsaufsicht befreit (§. 2). Damit fallen die betreffenden Vorschriften in §. 281. Nr. 1. und §. 283. der Preußischen Konkursordnung von selbst hinweg. Die Verpflichtung zur Anzeige der Zahlungseinstellung (ebenda §. 282.) hat vornehmlich eine strafrechtliche Bedeutung und wird durch §. 260. des Entwurfs bekräftigt; die Benachrichtigung der Konkurseröffnung zum Handelsregister (vergl. z. B. Art. 13. des Preuß. Einf. Ges. zum Hand. Ges. Buch) hat der Entwurf durch die allgemeine Vorschrift des §. 114. vorgesehen; und daß die Gesellschaft in dem Gemeinschuldverfahren durch ihre Vorsteher oder Liquidatoren vertreten wird, sowie daß diese die einem Gemeinschuldner obliegenden Pflichten zu erfüllen haben (Preuß. Konk. Ordn. §. 284.), ist eine selbstverständliche Folge davon, daß es sich, wie gedacht, um nichts anderes als einen ordentlichen Konkurs über das Vermögen einer juristischen Person handelt. In Frage kommen nur zwei in der Preußischen Konkursordnung enthaltene Abweichungen von den

sonst geltenden Regeln. Einmal der Ausschluß eines Zwangsvergleichs; diese Frage ist schon oben zum sechsten Titel (Motive Bd. 2. S. 144 ff.) erledigt worden. Sodann die Konkurseröffnung auf Insuffizienz ohne Zahlungseinstellung (Preuß. Konk. Ordn. §. 281. Nr. 1). Der Entwurf erkennt in diesem Punkte an, daß die Lage der Aktionaire und der Gläubiger es wohl erfordert, den Vorstand in dem Fall der Insuffizienz zur Zahlungseinstellung und Herbeiführung des Konkursverfahrens zu zwingen. Dafür trägt sowohl das Handelsgesetzbuch in den Art. 240. 241. Abs. 2., 249. a., als auch der Entwurf in der Strafvorschrift des §. 260. Vorsorge. Im übrigen aber liegt ein entscheidender Grund, von den zu §. 100. des Entwurfs entwickelten Normen (vergl. Motive Bd. 2. S. 34 ff.) abzugehen, nicht vor; die weite Fassung des zweiten Satzes in Art. 240. des Hand. Ges. Buchs paßt auch ihnen sich an. Daß endlich die Eröffnung des Verfahrens auch nach einer Auflösung der Gesellschaft so lange zulässig sein muß, als die Liquidation und Vertheilung des Gesellschaftsvermögens noch schwebt (Preuß. Konk. Ordn. §. 281. Nr. 2.) ist nichts den Aktiengesellschaften Eigenthümliches (vergl. oben Motive Bd. 2. S. 144 ff. und zu §§. 221. 225). —

§§. 216—220.

(Pr. K. O. §§. 292—296.)

I. Die Verhältnisse eines im Auslande schwebenden Konkurses zu dem im Inlande befindlichen Vermögen des Gemeinschuldners bewegen sich auf dem Gebiet des internationalen Privatrechts. Es kann nach der heutigen, wenn auch noch nicht ganz abgeschlossenen Entwickelung, die dasselbe in Folge der erweiterten Verkehrs- und Kreditbeziehungen erlangt hat, welche sich längst nicht mehr an die Unterschiede von In- und Ausland halten, und welche wesentlich gefährdet werden müßten, wenn man diese Unterschiede mit aller Schärfe festhalten wollte, nicht zweifelhaft sein, welchen Standpunkt der Entwurf einer Deutschen Gemeinschuldordnung einnehmen muß. Er ist ihr bereits vorbildlich gegeben durch die Bestimmungen des Rechtshülfegesetzes vom 21. Juni 1869 §§. 13. ff. Sie enthalten den Grundsatz: das in dem einen Staate eröffnete Verfahren äußert seine Wirkung auch auf das dem Gemeinschuldner gehörige Vermögen in einem anderen Staate. Freilich wird dieser Grundsatz in dem erwähnten Gesetz nur auf das Verhältniß der Deutschen Bundesstaaten unter einander, also nur auf den internen Deutschen Verkehr angewendet. Gleichwohl hat er eine ganz allgemeine Tragweite und entspricht den jetzt herrschenden wissenschaftlichen Ansichten. Wenn im Ausland über den Ausländer das Konkursverfahren eingeleitet wird, so kann nicht mit Grund bezweifelt werden, obgleich die Judikatur noch keineswegs über alle

Fragen einstimmig ist, daß die Handlungsfähigkeit des Gemeinschuldners, die Fähigkeit, sein Vermögen zu verwalten, vor Gericht aufzutreten, die Legitimation des Konkursverwalters, der Umfang seiner Funktionen, die Fragen, unter welchen materiellen Voraussetzungen und Formen das Verfahren zu eröffnen und zu beendigen, wann und wie zu liquidiren, zu präkludiren, zu klassifiziren, zu akkordiren ist, welchen Einfluß die Eröffnung des Verfahrens auf die Rechtsverhältnisse des Gemeinschuldners ausübt, sich nur nach dem Recht des Konkursgerichts bestimmen. Inländische Gläubiger des Ausländers haben ihre Befriedigung bei dem Konkursgericht des Auslandes nach dortigem Rechte zu suchen, inländisches Vermögen muß zur ausländischen Gemeinmasse gezogen werden. Und das Gleiche ist natürlich von den ausländischen Gläubigern und dem ausländischen Vermögen eines Inländers zu behaupten. Immer vorbehaltlich des Vergeltungsrechts, wenn diese Grundsätze im Auslande nicht anerkannt werden. Die Ausübung des Vergeltungsrechts kann aber nur in dem einzelnen Falle gestattet werden, es ist nicht geeignet, den allgemeinen Grundsatz zu beseitigen. Nur bei dinglichen Rechten an den in dem anderen Lande befindlichen Vermögensstücken wird der Grundsatz durchbrochen, ihre Verfolgung richtet sich nach dem Recht des Orts der belegenen Sache. Der Entwurf hat diesen freieren und weiteren internationalen Standpunkt bereits in §. 6. und in §. 55. eingenommen und kann ihn hier nicht verlassen.

Von diesem Standpunkt aus kann nur ausnahmsweise ein abgesondertes Gemeinschuldverfahren über das inländische Vermögen eines Ausländers gestattet werden, und diese Ausnahmen präzisiren die §§. 216. 218., wenn der Ausländer im Inlande eine Niederlassung hat, oder wenn ihm im Inlande eine Erbschaft zufällt. Die Fassung des §. 216. schließt sich wortgetreu an den §. 22. des Entwurfs der Civilprozeßordnung an, welcher den Gerichtsstand der Niederlassung anerkennt. Die Beschränkung auf Handelsniederlassungen mußte hiernach aufgegeben werden, da sie Geschäftsniederlassungen anderer Art gegenüber nicht gerechtfertigt ist. Auch kann nur in dem Betrieb selbständiger Geschäfte von der Niederlassung aus das Kriterium zur Rechtfertigung eines Partikularkonkurses gefunden werden, weil nur dieser leicht feststellbar und erkennbar ist, nicht aber der Umstand, daß sie mit eignen Fonds arbeitet, weil sich dies der äußeren Erkennbarkeit entzieht, auch im Begriff schwankend und unsicher ist. Daß an dem Verfahren sich nur die sogenannten Niederlassungsgläubiger betheiligen können, rechtfertigt sich durch den Grund wie durch den Ausnahme-Charakter eines solchen Partikularkonkurses; wenn dieser schon überhaupt zur Einschränkung des Umkreises der Gläubiger hindrängt, so liegt insbesondere jener in dem für Niederlassungsgläubiger ausschließlich gebotenen Schutze. Im übrigen gelangen die Vorschriften des

Entwurfs über die Voraussetzungen und die Form der Eröffnung des Verfahrens zur Anwendung, und ist in dieser Beziehung Besonderes nur insofern festzusetzen gewesen, als der Ausbruch des ausländischen Konkurses einen weiteren Nachweis der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners für die Eröffnung des inländischen Partikularkonkurses so wenig erfordert als zuläßt. — Der zweite Ausnahmefall eines Partikularkonkurses über das inländische Vermögen eines Ausländers ist in §. 218. enthalten. Er hängt zusammen mit dem Separationsrecht der Erbschaftsgläubiger und Legatare, das nicht blos einem inländischen, sondern auch einem ausländischen Erben gegenüber gewahrt werden muß. Dasselbe bedarf gegen einen ausländischen Gemeinschuldner noch größerer Sicherung. Darum rechtfertigt es sich, auch ohne Insuffizienz des Nachlasses und ohne Partikularkonkurs über denselben das Separationsrecht ungefährdet durch den ausländischen Konkurs im Inlande zu verwirklichen.

In §. 219. weicht der Entwurf in der Behandlung der im Inlande befindlichen einzelnen Vermögensstücke eines ausländischen Gemeinschuldners am erheblichsten von dem bestehenden Rechte ab. Die oben erwähnte Regel, daß das ausländische Gemeinschuldrecht auch über die Frage entscheiden muß, was zur Gemeinmasse gehört und daß der universelle Charakter eines Gemeinschuldverfahrens das im In- und Ausland befindliche Vermögen des Gemeinschuldners gleichmäßig ergreifen muß, führt zu der Konsequenz, daß das inländische Vermögen an das ausländische Konkursgericht ausgeliefert werden muß. Die geltenden Konkursordnungen sind noch weit entfernt von der Anerkennung dieser Konsequenz, am weitesten das Bayerische Recht[1]), welches in Art. 1174. der Civ. Proz. Ordn. geradezu ausspricht, daß ausländischen Ganteröffnungen im Inland keine Wirksamkeit zukommt; am nächsten dagegen die Englische bancruptcy act und die Oesterreichische Konkursordnung (§. 61.), welche das im Inlande befindliche bewegliche Vermögen eines ausländischen Gemeinschuldners der ausländischen Konkursinstanz auf Verlangen ausfolgen lassen. Eine Mittelstellung nimmt die Preußische Konkursordnung[2]) ein, insofern sie in §§. 294. 295. die Ausantwortung des inländischen Vermögens an das ausländische Konkursgericht an allerlei Kautelen bindet, deren praktischer Werth schon an sich zweifelhaft ist und durch eine veränderte Stellung der Gerichte namentlich bei Zwangsvollstreckungen noch geringer werden würde. Daß der Entwurf einer Deutschen Gemeinschuldordnung sich auch hier nicht an das starre Territorialprinzip anschließen, daß er nicht hinter den Gesetzgebungen Englands und Oesterreichs zurückbleiben kann, welchen das Verdienst zukommt, einer berechtigten Rechtsentwickelung Bahn gebrochen zu haben, dürfte kaum zweifelhaft sein.

1) Vergl. übrigens §. 34. Abs. 2. der Bayerischen Prioritätsordnung vom 1. Juni 1822.
2) Ebenso der Sächsische Entwurf §. 268.

Danach aber muß die Wirkung von Arresten und Zwangsvollstreckungen, welche nach Eröffnung des ausländischen Konkurses für persönliche Forderungen im Inlande angeordnet oder vollzogen werden, in Beziehung auf die Konkursmasse nach dem auswärtigen Konkursrecht beurtheilt werden. Daß das Vergeltungsrecht im einzelnen Fall dem Grundsatz entgegentreten kann, ist selbstverständlich.

Allgemeine Rechtssätze internationaler Natur können in den Gesetzen eines Landes nie in der Art aufgestellt werden, daß dadurch der Abschluß internationaler Verträge, und die in solchen enthaltene Abänderung der Gesetze gehindert oder ausgeschlossen werden. Deshalb erklärt §. 220., daß solche Staatsverträge unberührt bleiben. Diese Bestimmung bezieht sich nicht allein auf schon vorhandene, sondern auch auf künftig noch abzuschließende Verträge. Nur die vor Errichtung des Deutschen Reichs zwischen den einzelnen Bundesstaaten abgeschlossenen Verträge weichen jetzt dem allgemein gültigen Deutschen Gesetz.

§§. 221—224.

Pr. K. O. §§. 286—291.

II. Die Grundlage für die Regelung eines Partikularkonkurses über das Vermögen einer Handelsgesellschaft bildet Artikel 122. des Deutschen Handelsgesetzbuchs, welcher lautet:

> Im Falle des Konkurses der Gesellschaft werden die Gläubiger derselben aus dem Gesellschaftsvermögen abgesondert befriedigt und können aus dem Privatvermögen der Gesellschafter nur wegen des Ausfalls ihre Befriedigung suchen; den Landesgesetzen bleibt vorbehalten, zu bestimmen, ob und wie weit den Privatgläubigern der Gesellschafter ein Absonderungsrecht in Bezug auf das Privatvermögen derselben zusteht.

Nach dem Inhalt dieses Artikels sind reichsgesetzlich zwei Fragen definitiv geregelt: einmal, daß über das Vermögen einer Handelsgesellschaft ein abgesondertes Konkursverfahren zu Gunsten der Gesellschaftsgläubiger stattfindet und: daß diese aus dem Privatvermögen der Gesellschafter nur ihren Ausfall entnehmen dürfen, daß also das Privatvermögen nur subsidiär in Anspruch zu nehmen ist. An diesen beiden Rechtssätzen muß natürlich für die Deutsche Gemeinschuldordnung festgehalten werden; auch unterliegt es keinem Zweifel, daß ein Partikularkonkurs über das Gesellschaftsvermögen bei allen denjenigen Gesellschaften — aber auch nur bei denjenigen statthaft ist, welche persönlich haftende Gesellschafter haben, weil nur hier die Bedingungen und Voraussetzungen eines solchen Konkursverfahrens gegeben sind, daß mithin hierher gehören die offene Handelsgesellschaft, die Kommandit-

gesellschaft, die Kommanditgesellschaft auf Aktien, daß aber, wie bereits oben ausgeführt, nicht hierher gehört die Aktiengesellschaft. Zwei andere Fragen läßt dagegen Art. 122. des Deutschen Handelsgesetzbuchs offen; die eine übergeht er ganz mit Stillschweigen, die Entscheidung der anderen behält er ausdrücklich der Landesgesetzgebung vor. Es sind dies erstlich die Frage: Zieht die Eröffnung des Gemeinschuldverfahrens über das Gesellschaftsvermögen mit rechtlicher Nothwendigkeit die des Privatvermögens der Gesellschafter nach sich, und zweitens die Frage: soll oder kann in dem Konkurse über das Privatvermögen den Privatgläubigern ein Vorzugs- oder Separationsrecht vor den Gesellschaftsgläubigern eingeräumt werden? Die einzelnen Landesgesetzgebungen, welche in den Einführungsgesetzen zum Handelsgesetzbuch diese Fragen erledigen mußten, haben dies in sehr verschiedener Weise gethan. Die Aufgabe der Deutschen Gemeinschuldordnung ist es, auch hier Rechtseinheit zu schaffen und den Vorbehalt für die Landesgesetzgebungen in Art. 122. definitiv zu beseitigen.

Was den ersten Punkt anlangt, so schrieb schon die Preußische Konkursordnung (§. 287. Abs. 2.) kategorisch vor:

> Zugleich muß über das Privatvermögen eines jeden persönlich haftenden Gesellschafters der Konkurs eröffnet werden.

Die gleiche Bestimmung ist dann in das Preußische Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch für die gemeinrechtlichen Gebiete des Staates übergegangen. Die Mehrzahl der Einführungsgesetze hat sich dieser Auffassung angeschlossen, dieselbe ist auch von der Oesterreichischen Konkursordnung (§. 199.) angenommen [1]. Keine Bestimmung hierüber enthalten die Einführungsgesetze für Hannover, Oldenburg, Hamburg, Frankfurt. Die Gesetze für Bayern (Proz. Ordn. §. 1176.), Braunschweig, Kurhessen lassen die Eröffnung des Privatkonkurses nach eröffnetem Gesellschaftskonkurs von dem Antrag eines Gesellschaftsgläubigers abhangen; das Einführungsgesetz für Nassau steht am weitesten ab, indem es den Privatkonkurs nur zuläßt, wenn die Voraussetzungen vorhanden sind, welche das Landesrecht für Erkennung des Konkursprozesses aufstellt [2]. Einen Mittelweg ist Württemberg gegangen: der Konkurs über das Privatvermögen ist erst zu eröffnen, wenn der Gesellschafter zahlungsunfähig ist, d. h. wenn er mit seinem Privatvermögen die im Gesellschaftskonkurse nicht zweifellos gedeckten Schulden und seine Privatschulden nicht decken kann; die Gesellschaftsgläubiger können, sofern und soweit ihre

1) Ebenso §. 36. des Amerikanischen Gesetzes.

2) Vergl. über die Bestimmungen in den verschiedenen Einführungsgesetzen von Hahn, Kommentar zu Art. 122. Hand. Ges. B.

Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen nicht feststeht, von dem betreffenden Gesellschafter Sicherheitsleistung verlangen.

Wenn nun diese Frage legislativ neuer Prüfung unterworfen wird, so ist vorweg darauf hinzuweisen, daß der Entwurf schon wegen des in ihm durchweg angenommenen Prinzips, daß der Konkurs nur auf Antrag, nicht von Amtswegen zu eröffnen ist, von der Bestimmung Preußens abgedrängt wird und sich zu entscheiden hatte, ob er dem System von Bayern, Braunschweig, Kurhessen, — oder dem von Württemberg, — oder dem System von Nassau sich anschließen wollte. Der Entwurf thut das Letztere: die Eröffnung des Privatkonkurses ist nicht die nothwendige Folge der Eröffnung des Gesellschaftskonkurses, sie geschieht also nicht von Amtswegen und nur dann, wenn die allgemeinen Voraussetzungen — Antrag und Zahlungsunfähigkeit — vorhanden sind; deshalb drückt sich §. 224. konditionell aus: »Wenn neben dem Gemeinschuldverfahren über das Gesellschaftsvermögen auch über das Privatvermögen u. s. w.«. Eine besondere Bestimmung über Zulässigkeit provisorischer Sicherungen nach dem Vorgang von Württemberg braucht nach §. 105. Abs. 2. des Entwurfs nicht getroffen zu werden.

Es ist nun zwar thatsächlich zuzugeben, daß in den bei weitem meisten Fällen eine Gesellschaft ihre Zahlungen nicht eher einstellen wird, als bis auch die einzelnen Gesellschafter nicht mehr im Stande sind, ihr mit ihrem Privatvermögen zu Hülfe zu kommen, daß der Vermögensverfall der Gesellschaft mit dem der Gesellschafter zusammenfallen wird, daß mithin gleichzeitig diese Voraussetzung für Eröffnung beider Konkurse vorhanden sein wird. Aber nothwendig ist dies keineswegs, ja im Gegentheil ist der Fall denkbar, daß ein sehr zahlungsfähiger Gesellschafter, der auch bereit ist, alle Gesellschaftsschulden voll aus seinem Privatvermögen zu decken, in der Ueberzeugung, daß die Geschäfte der Gesellschaft nur mit Schaden fortbetrieben werden können, selbst den Antrag auf Liquidation oder Eröffnung des Konkurses über das Gesellschaftsvermögen stellt, um der Gefahr zu entgehen, noch tiefer mit seinem Privatvermögen in den Verfall der Gesellschaft hineingezogen zu werden. Es wäre eine ganz widernatürliche Situation, wenn in einem solchen Falle auch über das Privatvermögen des zahlungsfähigen Gesellschafters das Gemeinschuldverfahren eröffnet werden müßte. Die Kosten, die Weiterungen und Unbequemlichkeiten eines solchen Verfahrens für den vermögenden Gemeinschuldner würden ja völlig zwecklos, und oft erst durch die Konkurseröffnung sein Vermögensverfall und für die Gläubiger, namentlich die Privatgläubiger, Vermögensverluste hervorgerufen werden. In der That beruht auch (wie von Hahn S. 408 richtig bemerkt) die Rechtfertigung der gleichzeitigen Offizialeröffnung des Privatkonkurses ohne Rücksicht darauf, ob materieller Konkurs vorliegt

oder nicht, keineswegs auf inneren, sondern nur auf äußerlichen Gründen. Man will, wie die Motive zum Preußischen Einführungsgesetze aussprechen, den Gesellschaftern einen nachdrücklichen Antrieb geben, dem materiellen Recht der Gesellschaftsgläubiger gemäß die Zahlungseinstellung so lange zu verhindern, als das Privatvermögen ihnen Zahlungsmittel gewährt. Allerdings ist das ein sehr nachdrücklicher, — über das bezweckte Ziel weit hinausschießender Antrieb und zugleich insofern eine harte Ungerechtigkeit, als die einzelnen solventen Gesellschafter genöthigt werden, ihr ganzes Privatvermögen durch immer erhöhte Einlagen in den Gesellschaftsfonds zu ruiniren, um die höchst unliebsame Eröffnung des Konkurses über ihr Privatvermögen zu verhüten. Dieser Druck ist überdies keineswegs dem materiellen Recht der Gesellschaftsgläubiger entsprechend, denn das Handelsgesetzbuch hat den früher bestrittenen Zustand ausdrücklich so entschieden, daß für den Fall des Konkurses die Haftpflicht der Gesellschafter nur subsidiär in Höhe und nach Ermittelung des Ausfalls der Gesellschaftsschulden eintritt. Immer aber ist die persönliche Haftbarkeit des Gesellschafters nicht ein Aktivum, ein Vermögensbestandtheil der Gesellschaft; die Insolvenz der Gesellschaft und die eines Gesellschafters sind von einander verschieden, sie bedingen sich nicht. — In der Praxis hat denn auch das preußische Prinzip bereits zu großen Härten geführt, die um so greller hervortreten, wenn die Gesellschaft insolvent aber suffizient war, oder die einzelnen Gesellschafter über die Solvenz der Gesellschaft, über das Fortbestehen derselben oder Beendigung ihrer Liquidation, oder über Fortdauer ihrer Mitgliedschaft sich stritten. — Die Eröffnung des Konkurses über das Privatvermögen nur als provisorische Sicherungsmaßregel zu rechtfertigen, geht viel zu weit, der Konkurs ist weit mehr als eine provisorische Maßregel. Und man erwäge ferner: in der Absicht durch den Grundsatz des preußischen Rechts Verwickelungen zu vermeiden, schafft man neue Verwickelungen in dem Falle, daß der Gesellschafter zugleich noch bei einer anderen Gesellschaft Theilnehmer ist; dann muß in Folge der Eröffnung des Konkurses über sein Privatvermögen auch diese zweite Gesellschaft aufgelöst werden (Hand. Ges. B. Art. 123. Nr. 3., 170. 200). Diese Gründe rechtfertigen zur Genüge, das preußische System zu verlassen. Auch das neueste französische Gesellschaftsgesetz vom 24. Juli 1867 läßt die Eröffnung des Privatkonkurses nicht die Folge des Gesellschaftskonkurses sein.

Auch die zweite Frage, ob im Privatkonkurs den Privatgläubigern ein Separationsrecht einzuräumen sei, hat der Entwurf verneint und will damit den in Art. 122. Hand. Ges. B. der Landesgesetzgebung offen gehaltenen Vorbehalt beseitigen. Von diesem Vorbehalt haben bis jetzt Gebrauch gemacht die Einführungsgesetze für Württemberg, Sachsen, Baden, Hannover, Frankfurt, Braun-

schweig, Bremen, Hamburg, Kurhessen, Mecklenburg, Oldenburg, Anhalt, sowie die Lübecksche Konkursordnung (§. 111.)[1]; dem preußischen und bayerischen Recht, dem in Hessen, Waldeck u. s. w. ist ein Separationsrecht der Privatgläubiger unbekannt. Die Solidarhaft der Gesellschafter würde ihre Bedeutung wesentlich einbüßen, und der Kredit der Gesellschaft erheblich leiden, wenn die Gesellschaftsgläubiger genöthigt werden, mit der Liquidation des Ausfalls hinter die Privatgläubiger zu rücken. Ein Vorzug dieser hat keinen inneren Grund; wie ihre Forderungen, so sind auch die Ausfälle jener gegenüber dem Gesellschafter und dessen Privatvermögen Gemeinforderungen. Mit demselben Rechte müßte man den Privatgläubigern auch gegenüber anderen separationsberechtigten Gläubigern, insbesondere den Pfand-, Hypotheken- und Kompensationsgläubigern, die bei der Gemeinmasse ihren Ausfall zu liquidiren haben, das gleiche Vorzugsrecht einräumen; die Unthunlichkeit dessen ist schon oben erwiesen (Motive Bd. I. S. 353). Für das Separationsrecht der Privatgläubiger wird zwar eine gewisse Billigkeit in Anspruch genommen; aber diese Auffassung wurzelt in der unrichtigen Vorstellung, daß das Separationsrecht der Gesellschaftsgläubiger an dem Gesellschaftsvermögen eine Bevorzugung sei. Man könnte freilich noch die durch das Bremer Einführungsgesetz §. 17. veranlaßte Frage aufwerfen, ob nicht wenigstens denjenigen Privatgläubigern ein Separationsrecht einzuräumen sei, welche vor Eintritt des Gemeinschuldners in die Gesellschaft vorhanden gewesen. Allein auch diese Gläubiger sind hinlänglich geschützt durch das Anfechtungsrecht (actio Pauliana).

Die Verneinung der beiden aufgeworfenen Fragen vereinfacht die erforderlichen Vorschriften sehr erheblich. Der Gesellschaftskonkurs und der oder die etwa nebenhergehenden Privatkonkurse haben jeder sein eigenes Geschick.

Die Fassung des §. 221., wonach ein selbständiges Verfahren über das Gesellschaftsvermögen zugelassen wird, deutet darauf hin, daß in Ausführung des Art. 122. des Handelsgesetzbuchs an einem solchen Verfahren nur die Gesellschaftsgläubiger sich betheiligen können. Auch entspricht es dem bestehenden Recht und der Natur der Sache, daß solches Verfahren noch so lange eröffnet werden kann, als es noch möglich ist, eine Theilungsmasse zu konstituiren, daß mithin nicht die Auflösung, der Beginn der Liquidation, sondern erst die erfolgte und beendigte Auftheilung des Gesellschaftsvermögens die Eröffnung des Verfahrens ausschließt.

Der Antrag auf Eröffnung des Gemeinschuldverfahrens ist — abgesehen von den Gläubigern — jedem persönlich haftenden Gesellschafter gestattet, ohne Rücksicht darauf, ob er befugt ist oder war, die Gesellschaft zu vertreten, und ob er

1) Auch das Englische und Amerikanische Gesetz (S. 103 — S. 36) geben den Privatgläubigern das Separationsrecht.

zum Liquidator bestellt ist oder nicht. Der Kommanditist hingegen, der nicht persönlich, sondern nur mit seiner Einlage haftet, kann zu diesem Antrag nicht für befugt erachtet werden, anders freilich, wenn er zugleich Gläubiger der Gesellschaft ist, und deshalb ist in §. 221. gesagt: ein Kommanditist als solcher.

Auch für die Vorschrift des §. 223., daß im Gesellschaftskonkurse ein Zwangsvergleich nur mit Zustimmung sämmtlicher persönlich haftender Gesellschafter zu Stande kommen kann, bedarf es kaum einer besonderen Rechtfertigung. Jeder von ihnen ist Gemeinschuldner, jeder soll durch den Vergleich persönlich verpflichtet werden und nur alle zusammen dürfen über das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft Verträge abschließen. In letzterem aber liegt es begründet, daß bei dem Akkord mit einer Kommanditgesellschaft die Kommanditisten nicht unvertreten bleiben dürfen; sofern noch außer den persönlich haftenden Gesellschaftern Liquidatoren fungiren, müssen auch diese ihre Zustimmung zu dem Vergleich geben (Hand. Ges. B. Art. 172. 205. 137). Das Gesellschaftsvermögen spielt für den Akkord immer eine erhebliche, bei einer Kommanditgesellschaft, namentlich einer Kommanditgesellschaft auf Aktien die entscheidende Rolle. Weil aber der Akkord nach der Auffassung des Entwurfs die Befriedigung der Gläubiger nicht blos aus der Gemeinmasse zum Gegenstand hat, sondern den ganzen Umfang der Forderungen der Gläubiger, wie der Verpflichtungen des Schuldners ergreift, so kann die Wirkung eines vorbehaltlosen Zwangsvergleichs gewiß keine andere sein, als daß der Gesellschaftsgläubiger fortan nur seine Akkordforderung zu verlangen, daß nur für diese der einzelne, persönlich haftende Gesellschafter mit seinem Privatvermögen aufzukommen hat, und zwar nicht blos subsidiär, sondern weil das Separationsrecht am Gesellschaftsvermögen von den Gläubigern aufgegeben ist, sofort, und daß die Gesellschaftsgläubiger in dem Privatkonkurse der Gesellschafter ihre noch nicht berichtigte Akkordforderung, nicht aber über dieselbe hinaus ihren Ausfall liquidiren dürfen.

Abgesehen übrigens von dem Falle eines Akkordes ist es, wie oben gedacht, der Ausfall, der ganze aber nur der Ausfall, — nicht, wie es die Oesterreichische Konkursordnung (§. 201.) allgemein, und die Preußische (§. 290.) für die Theilnahme an einem Akkord über das Privatvermögen bestimmen, der volle Betrag ihrer Forderung, — mit welchem die Gesellschaftsgläubiger in dem Privatkonkurse des Gesellschafters als Gemeingläubiger auftreten können. Die Gesellschaftsgläubiger haben für den Konkurs ein Absonderungsrecht an dem den Gesellschaftern ungetheilt gehörigen Gesellschaftsvermögen, dieses steht ihnen nicht gewissermaßen als Solidarschuldner neben den Gesellschaftern gegenüber. Darum kann der §. 70. des Entwurfs nur auf die Privatkonkurse aller Gesellschafter in Betreff des Ausfalls

Anwendung finden; in dem Verhältniß des Gesellschafts- zu jedem Privatkonkurse greift §. 66. Platz.

§§. 225—228.

III. Für den Konkurs über das Vermögen einer **eingetragenen Genossenschaft** enthält das Reichsgesetz vom 4. Juli 1868 (Bund. Ges. Bl. S. 415) detaillirte Bestimmungen. Es muß möglichst vermieden werden, das noch junge Reichsgesetz schon jetzt wieder zu ändern, zumal praktische Erfahrungen noch nicht genügend bekannt geworden sind. Der Entwurf beschränkt sich darauf, nur dasjenige hervorzuheben, was nothwendig war, um den Konkurs über das Genossenschaftsvermögen der Gemeinschuldordnung einzufügen.

§. 225.

Nach dem Genossenschaftsgesetz vom 4. Juli 1868 — §§. 51. 48. — wird über das Vermögen der Genossenschaft das Konkursverfahren eröffnet, 1) wenn die Genossenschaft vor ihrer Auflösung oder nach derselben bei stattfindender Liquidation ihre Zahlungen einstellt, und 2) wenn bei einer Liquidation der Genossenschaft sich Insuffizienz herausstellt und dieselbe nicht in einer achttägigen Frist von den Genossenschaftern baar gedeckt wird. Der Entwurf kennt, wie schon oben Betreffs der Aktiengesellschaften hervorgehoben ist, nur Zahlungsunfähigkeit (Insolvenz) als Grund der Eröffnung des Gemeinschuldverfahrens, sieht in der Zahlungseinstellung einen Akt der Insolvenz, verhält sich aber indifferent gegen den Umstand, ob die Insolvenz eine Folge der Insuffizienz ist oder nicht (§§. 99. 100. des Entwurfs). Hier mußte also der bestimmt gefaßte §. 48. des Genossenschaftsgesetzes eine Aenderung nach der Richtung erleiden, daß auch bei vorhandener Insuffizienz doch nicht diese, sondern die Zahlungseinstellung der Grund zur Eröffnung des Verfahrens wird. Dies geschieht, indem die Liquidatoren, wenn der Fall des §. 48. des Genossenschaftsgesetzes vorliegt, verpflichtet werden, die Zahlungen einzustellen. Die Strafbestimmung des §. 260. sichert die Erfüllung dieser Verpflichtung.

§. 226.

Es entspricht dem bestehenden Recht (§. 51. des Genoss. Ges.) und der Natur der Sache, daß die Genossenschaft in dem über ihr Vermögen eröffneten Gemeinschuldverfahren durch den Vorstand oder die Liquidatoren vertreten wird; auch die Genossenschaft ist wie die Aktiengesellschaft eine juristische Person, aber neben ihr stehen noch die einzelnen Genossenschafter als subsidiär verhaftete Schuldner und auf sie erstrecken die Wirkungen des Gemeinschuldverfahrens sich über die Dauer desselben hinaus. Darum ist es hier wünschenswerth, die Vertretungsfrage

ausdrücklich festzustellen. Es ist dann selbstverständlich, daß die Vorsteher und Liquidatoren die Stelle des Gemeinschuldners zu übernehmen haben, und es ist für den Entwurf kein Bedürfniß, diese Pflichten und Rechte des Gemeinschuldners im Detail auszusprechen, wie dies §. 51. des Genossenschaftsgesetzes gethan hat. Ebenso wenig erschien es erforderlich, besonders auszusprechen, daß statt des Handelsgerichts, welches das Genossenschaftsgesetz als Konkursgericht voraussetzt, nach dem System des Entwurfs und nach dem Entwurf des Gerichtsverfassungsgesetzes dasjenige Amtsgericht für das Gemeinschuldverfahren zuständig ist, vor welchem die Genossenschaft ihren allgemeinen Gerichtsstand hat (§. 19. des Entw. der Civ. Proz. Ordn.).

§. 227.

Das Genossenschaftsgesetz vom 4. Juli 1868 hat in §. 51. vorgeschrieben: »ein Zwangsakkord (Konkordat) findet nicht statt«, und sich hierbei an die Preußische Konkursordnung angeschlossen, welche den Zwangsvergleich bei Aktiengesellschaften nicht zuläßt. Es kann hier auf die das Gegentheil rechtfertigende Ausführung in den Motiven Bd. 2. S. 144 ff. zurückverwiesen werden. Wird bei Aktiengesellschaften der Zwangsvergleich zugelassen, so kann er den Genossenschaften nicht versagt werden und zwar ihnen um so weniger, als ihre rechtliche Konstruktion den Gläubigern und Dritten gegenüber eine viel nähere Beziehung zur offenen Handelsgesellschaft hat. Bei beiden haften die Theilnehmer — die Gesellschafter und Genossenschafter — auch mit ihrem Privatvermögen für die durch das Gesellschafts- oder Genossenschaftsvermögen nicht gedeckten Schulden. Eine Verschiedenheit dieser Haftpflicht zeigt sich jedoch darin, daß bei der offenen Handelsgesellschaft jeder Gesellschafter als direkter persönlicher Schuldner, bei der Genossenschaft jeder Genossenschafter nur aushülfsweise für die Schulden derselben haftet. Aus dieser Verschiedenheit ergiebt sich eine Abweichung für die Bestimmungen über den Zwangsvergleich einer Genossenschaft. Das Vermögen der Genossenschaft ist von dem Privatvermögen der Genossenschafter mehr abgetrennt, als bei der Handelsgesellschaft; im Gegensatz zu dieser steht rechtlich dem Gläubiger die Genossenschaft und das Genossenschaftsvermögen als der eine und als Hauptschuldner, die einzelnen Genossenschafter als die anderen und als Nebenschuldner gegenüber, und thatsächlich ist gerade umgekehrt den Gläubigern die Haftpflicht der Genossenschaft Nebensache, die der einzelnen Genossenschafter Hauptsache. Bei den am meisten verbreiteten und am besten dotirten Genossenschaften, den Vorschuß- und Kreditvereinen, beträgt das eigene Vermögen derselben etwa nur 26 Prozent des ganzen Genossenschaftsfonds. Schon deshalb darf ein Akkord die bürgschaftsmäßige Verhaftung der einzelnen Genossenschafter nicht berühren.

Zudem würde die große Anzahl derselben und der Umstand, daß bei der nicht geschlossenen Mitgliederzahl regelmäßig eine verschiedene persönliche Haftpflicht eintritt, es unmöglich machen, den Inhalt des Akkordes auch auf diese zu erstrecken. Der Akkord kann sich vielmehr nur auf die Genossenschaft und das Genossenschaftsvermögen beziehen. Die einzelnen Genossenschafter bleiben für den ganzen Ausfall verhaftet, den die Gläubiger durch den Akkord erleiden. Trotzdem bietet ein Akkord beiden Seiten Vortheile, beiden eine schnellere und weniger kostspielige Beendigung des Konkurses, — den Genossenschaftern den Vortheil einer außergerichtlichen eigenen Liquidation und der Verringerung ihres persönlichen Zuschusses, — den Gläubigern den Vortheil, daß der Betrag des Ausfalls schneller festgestellt und ihnen dadurch früher ermöglicht wird, sich an die einzelnen Genossenschafter zu halten. Das Umlageverfahren, welches die §§. 52—58. des Genossenschaftsgesetzes vorschreiben, bleibt von dem Konkurs unberührt, es findet außerhalb desselben statt; es mußte aber, da nunmehr das Gemeinschuldverfahren nicht blos durch Schlußvertheilung, sondern auch durch Akkord beendigt werden kann, der Zeitpunkt fixirt werden, in welchem im Falle des Akkordes das Umlageverfahren zu beginnen hat. Daß dies die rechtskräftige Bestätigung des Akkordes sein muß, kann nicht Bedenken erregen.

§. 228.

Die vorstehend entwickelte Auffassung erübrigt eine Wiederholung des 4. Absatzes und des ersten Satzes im 5. Absatze des §. 51. des Genossenschaftsgesetzes (vergl. oben Motive zu §§. 221. 224). Im übrigen spricht der Entwurf den Umfang der Haftpflicht der Genossenschafter in Anlehnung an §. 51. Abs. 5. und 6. dieses Gesetzes, sowie an §. 202. des Entwurfs aus.

§§. 229—232.

Pr. K. O. §. 37., §§. 256—262.

IV. Die Rechtswohlthat des Inventars ist nur zu Gunsten des Erben eingeführt; sie schützt die Nachlaßgläubiger nicht gegen die Konkurrenz der eigenen Gläubiger des Erben und nicht ausreichend gegen Verkürzungen oder Verdunkelungen des Nachlasses. Deshalb hat das gemeine Recht den Nachlaßgläubigern ein Absonderungsrecht an den Nachlaßgegenständen gegeben und die Eröffnung eines abgesonderten Konkursverfahrens über den Nachlaß gestattet. Den Nachlaßgläubigern sind die Vermächtnißnehmer gleichgestellt. Auch das französische Recht (Code art. 878.) und das Preußische Allgemeine Landrecht (§§. 500. ff. I. 16.), sowie alle anderen Partikulargesetze gewähren dieses Absonderungsrecht. Dasselbe entspricht dem allgemeinen Rechtssatz, daß kein Gläubiger ohne seinen Willen durch

einen Wechsel in der Person des Schuldners schlechter gestellt werden darf; es entspricht auch den von dem Entwurf für ein Absonderungsrecht verlangten Eigenschaften der Unmittelbarkeit und Erkennbarkeit (vergl. Motive Bd. 1. S. 248); seine Anerkennung für das Gemeinschuldrecht kann daher nicht bezweifelt werden. Anders verhält es sich mit dem Absonderungsrecht, welches das Preußische Allgemeine Landrecht (I. 16. §§. 507. ff.), sowie die Gothaische Prozeßordnung von 1776 (p. 1. c. XXXVII. Art. IV. §. 1. a. E.), in Abweichung von den ausdrücklichen Vorschriften des gemeinen Rechts und vom Code civil art. 881. auch den Gläubigern des Erben an dessen eigenem Vermögen gewährt, indem es sie gegen die unbedingte Annahme einer überschuldeten Erbschaft sichern will. Der Entwurf lehnt diese Erweiterung ab, giebt also die Vorschrift des §. 260. der Preußischen Konkursordnung auf. Ein Absonderungsrecht der Erbengläubiger ist weder durch das Civilrecht bedingt, noch entspricht es jener Voraussetzung des Gemeinschuldrechts, noch ist es für dasselbe als ein Bedürfniß anzuerkennen. Nimmt Jemand eine verschuldete Erbschaft an, so ist dies eine Handlung, die sich von keiner anderen unterscheidet, durch welche er ein im Erfolg für ihn und seine Gläubiger ungünstiges Geschäft eingeht[1]). Ist oder wird über das Vermögen des Erben ein Gemeinschuldverfahren eröffnet, so sind die Gemeingläubiger desselben geschützt durch die Befugniß des Verwalters, an Stelle des Gemeinschuldners die Wohlthat des Inventars zu erlangen. Es bedarf keiner besonderen Festsetzung (Preuß. Konk. Ordn. §. 37. Nr. 2.), daß diese Befugniß durch den Verwalter ausgeübt werden kann, sei es, daß die Erbschaft dem Gemeinschuldner erst nach der Konkurseröffnung zufällt, sei es, daß der Anfall oder Erwerb zwar vorher erfolgt, die Erlangung der Rechtswohlthat aber noch zulässig ist (vergl. §. 9. des Entwurfs und Motive Bd. 1. S. 46 ff.). Ist dies durch den Erben verwirkt, so sind die Gläubiger nur durch das Anfechtungsrecht zu schützen.

Der Entwurf hat es sonach blos mit dem Absonderungsrechte der Erbschaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer[2]) zu thun.

Dasselbe darf ebensowenig wie andere Absonderungsrechte als ein Vorzugsrecht aufgefaßt werden, es findet daher nur an dem in Natur vorhandenen Nachlaß oder an solchen einzelnen Vermögensstücken statt, welche bis zur Zeit seiner Ausübung die Natur eines Nachlaßstückes behalten haben. Dagegen setzt die Ausübung der Separation eine Ueberschuldung des Nachlasses nicht nothwendig voraus.

---

1) l. 1. §. 2. D. de separat. 42. 6. Nam licet alicui adjiciendo sibi creditorem creditoris sui facere deteriorem conditionem.

2) Das Recht der Miterben auf abgesonderte Auseinandersetzung ist durch §. 50. des Entwurfs gewahrt.

Wenn letzterer zur Befriedigung der Nachlaßgläubiger ausreicht, können dieselben doch, und zwar gleichviel, ob der Gemeinschuldner die Erbschaft mit oder ohne Rechtswohlthat des Inventars erworben hat, aus den Nachlaßstücken ihre abgesonderte Befriedigung verlangen (Entw. §. 229). Ist der Nachlaß insuffizient und hat ihn der Erbe unter der Rechtswohlthat erworben, so wird zwar das Gemeinschuldverfahren über den Nachlaß verlangt werden können, aber dies Verfahren ist kein Partikularkonkurs, weil nicht neben dem Nachlaß subsidiär anderes Vermögen den Gläubigern haftet, und dem Nachlasse zufolge der Rechtswohlthat eine von dem Vermögen des Erben rechtlich getrennte Existenz bewahrt worden ist. Ein solches Verfahren steht in jeder Hinsicht unter den allgemeinen Vorschriften des zweiten Buchs; es wird auf den Namen des Erblassers im Gerichtsstande der Erbschaft eröffnet, auch wenn gleichzeitig über das Vermögen des Erben ein anderes Gemeinschuldverfahren stattfindet. Sonach erübrigen sich die Vorschriften der §§. 261. 262. der Preußischen Konkursordnung in jeder Beziehung. Nur wenn der Erbe ohne Rechtswohlthat die Erbschaft erworben hat, führt das Absonderungsrecht des §. 229. zu einem Partikularkonkurse über den Nachlaß, weil dann neben dem Nachlaß noch das eigene Vermögen des Erben haftet, und das ererbte mit dem eigenen Vermögen schon zu einer Masse vereinigt war (§. 230).

Der Entwurf knüpft das Absonderungsrecht an die Zeitbeschränkung, daß die Erbschaft im letzten Jahr vor Eröffnung des Gemeinschuldverfahrens über das Vermögen des Erben erworben worden ist. Ein weiter zurückliegender Erwerb erschwert thatsächlich zu sehr die Absonderung und giebt Veranlassung zu vielen und verwickelten Streitigkeiten. Das römische Recht hat eine Frist von fünf Jahren[1]) zugelassen, andere Gesetze gewähren kürzere Fristen: das Württembergische Pfandgesetz vom 15. April 1825 (Art. 40.) und Ergänzungsgesetz von demselben Tage (Art. 5.) drei Jahre, die Lübecker Konkursordnung §. 63. und die Hamburger Falliten-Ordnung Art. 67. zwei Jahre, das französische Recht in Betreff der Mobilien drei Jahre, Code civil 880., in Betreff der Immobilien verlangt art. 2111. die Eintragung binnen sechs Monaten. Die einjährige Frist des Entwurfs findet sich als geltendes Recht u. a. im Preußischen Allgemeinen Landrecht (I. 16. §. 503.), in Sachsen (Bürgerl. Ges. B. §. 2342.), in Bayern (Prioritätsges. vom 1. Juni 1822 §. 8. Nr. 4.)[2]), Weimar (Vorzugs-Ordn. vom 7. Mai 1839 §. 10.) und Nassau (Ges. vom 15. Mai 1851 über das Pfandrecht und die Rangordnung §. 51).

---

1) In Neuvorpommern und Mecklenburg ist die Ausübung an keine Frist gebunden. Vergl. Erkenntniß des Reichs-Oberhandelsgerichts vom 9. November 1872 (Entsch. Bd. 8. S. 1 ff.) und Trotsche, Mecklenburgische Civilprozeßordnung Bd. 2. S. 474 ff.

2) »Oder so lange der Nachlaß noch unvertheilt ist.«

Daß das Absonderungsrecht von jedem einzelnen Nachlaßgläubiger und Vermächtnißnehmer selbständig ausgeübt werden kann, bedarf kaum der Erwähnung, so wenig wie daß die Wahrung desselben nicht von Amtswegen stattfindet.

Gemeinrechtlich wird indeß angenommen, daß das Absonderungsrecht nicht mehr ausgeübt werden kann, wenn der Gläubiger ausdrücklich oder stillschweigend zu erkennen gegeben hat, sich an die Person des Erben halten zu wollen, ihn als seinen Schuldner anzunehmen. Man kann dahingestellt sein lassen, ob in diesem Vorgang eine s. g. Novation oder ein Verzicht auf das Absonderungsrecht zu finden ist; jedenfalls scheint es zu weit zu gehen, wenn man den Verlust des Absonderungsrechts auch schon Folge einer stillschweigenden Annahme des Erben des Schuldners oder Folge einer Anmeldung der Forderung zur Gemeinmasse des letzteren sein lassen will. Der Entwurf verlangt deshalb im §. 229. eine ausdrückliche Erklärung.

In §. 231. wird das Separationsrecht der Regel des §. 153. des Entwurfs unterstellt, d. h. nur soweit, als dies bei anderen Absonderungsansprüchen der Fall ist, kann es präkludirt werden. Eine besondere Ausschlußfrist hier festzusetzen, dazu liegt ein Grund nicht vor. Die besonderen Fristen der Preußischen Konkursordnung (§. 256.), der Lübecker (§. 63.), der Lippeschen (§. 13.) u. a. hängen mit der dort mehr oder weniger vorherrschenden Hereinziehung der Absonderungsgläubiger in das Gemeinschuldverfahren zusammen.

Auf das Verhältniß der Absonderungsberechtigten zur Gemeinmasse des Erben wendet §. 232. den §. 66. des Entwurfs an. Die Nachlaßgläubiger und Vermächtnißnehmer können zu der Gemeinmasse des ohne die Rechtswohlthat des Inventars haftenden Erben (»wenn der Gemeinschuldner persönlich haftet«) ihre Befriedigung nur zu dem Betrage geltend machen, zu welchem sie auf Absonderung verzichten oder bei der Absonderung ausgefallen sind. In diesem Umfange müssen sie den Gemeingläubigern gleichstehen. Bekanntlich wird nach gemeinem Recht entweder jeder Rückgriff ihnen verweigert, oder sie werden, wie dies auch partikularrechtlich, z. B. in Württemberg (Pfandentwickelungsges. vom 21. Mai 1828 Art. 57.) und in Bremen (Handfesten-Ordn. §. 141.) vorgeschrieben ist, den Gemeingläubigern wenigstens nachgesetzt. Beides läßt sich nach der zu §. 66. (Motive Bd. 1. S. 353) und zu §. 224. (oben Bd. 2. S. 210.) entwickelten Auffassung des Entwurfs nicht rechtfertigen.

Viertes Buch.

Vergleichsverfahren zur Abwendung des Gemeinschuldverfahrens.

Den Aufgaben einer Deutschen Gemeinschuldordnung fällt es zu, die Mittel zu untersuchen, welche das gegenwärtige Recht zahlungsunfähigen Schuldnern gewährt, um die durch die Zahlungsunfähigkeit begründeten Gemeinschuldverhältnisse und den Eintritt des Gemeinschuldverfahrens zu beseitigen.

Als ein solches Mittel sind in Deutschland mit dem römischen Recht die Moratorien rezipirt, Stundungen aller Schulden, von dem Landesherrn in der Regel auf fünf Jahre ertheilt (eiserne Briefe, Anstandsbriefe, Quinquenellen). Schon die Reichspolizeiordnung von 1577 (Tit. 23. §. 4.) hat sie durch das Erforderniß obrigkeitlicher Befürwortung nach Untersuchung des einzelnen Falles beschränkt. Die preußische Gesetzgebung des vorigen Jahrhunderts ersetzte die landesherrlichen durch gerichtliche Indulte; sie konnten ertheilt werden, wenngleich die Gläubiger in ihrer Mehrzahl oder gar sämmtlich der Ertheilung widersprachen; die Konkursordnung (§. 433.) hat diese Generalmoratorien gleichfalls abgeschafft. Auch in anderen deutschen Staaten ist das Recht der Regierungen, Moratorien zu gewähren, aufgehoben worden; für Schleswig-Holstein schon durch Verordnung vom 18. April 1721, für das Königreich Sachsen durch die Verfassungsurkunde vom 4. September 1831 §. 54., in Baden durch Staatsministerialerlaß vom 27. Juni 1832, in Braunschweig durch Verfassungsurkunde vom 12. Oktober 1832 §. 209., in Bayern durch Gesetz vom 25. Juli 1850, für die Herzogthümer Koburg und Gotha durch Staatsgrundgesetz vom 3. Mai 1852. In anderen Staaten besteht dagegen das Recht noch gegenwärtig, theils zwar verfassungsmäßig beschränkt, wie in Hannover (Verf. Urk. vom 6. August 1840 Kap. I. §. 9.) und Kurhessen (Verf. Urk. vom 5. Januar 1831 §. 129. und vom 13. April 1852 §. 99.), theils aber unbeschränkt. — Von ausländischen Staaten sind General-

moratorien in England unbekannt, in Oesterreich durch §. 353. der Prozeßordnung und in Frankreich durch die Konstitution von 1791 aufgehoben; andererseits haben Portugal, Holland und Belgien durch das Handelsgesetzbuch von 1833 Art. 1271 ff. bezw. von 1838 Art. 900 ff. und Fallimentsgesetz von 1851 art. 593. ff. die von den obersten Gerichten bezw. dem Hohen Rath auf höchstens zwölf Monate zu gewährenden allgemeinen sursis neu geregelt. — Das alte Volkswort: »Quinquenellen gehören in die Höllen« bedarf heutzutage kaum der Begründung. Dieselben sind dem Kredit entschieden nachtheilig. Einer großen Zahl der Gläubiger bleibt für lange Zeit die Zahlung entzogen, deren sie zur Erfüllung eigener Verbindlichkeiten bedürfen. Für den gewissenlosen Schuldner eine gefährliche Handhabe, nützen sie dem redlichen in den seltensten Fällen; meist verderben sie den Kredit und die Vermögensverhältnisse des ohnehin kreditlosen Schuldners vollends. Die Gläubiger werden gereizt und schwierig; die Schuldner in der Eingehung und Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten sorglos. Außergewöhnliche Zeitumstände, welche eine allgemeine Stundung für die Gläubiger wie den Schuldner vortheilhaft machen könnten, werden ihre überzeugende Kraft auf die Gläubiger nicht verfehlen; gegen den Willen derselben bleiben sie stets eine unzulässige Rechtsverweigerung. Das Einführungsgesetz zur Civilprozeßordnung (Entw. §. 10. Nr. 3.) schafft selbst die Spezialmoratorien ab; Generalmoratorien dürfen nirgend und in keiner Weise den begründeten Eintritt des Gemeinschuldverfahrens ausschließen.

Anders verhält es sich mit dem zweiten, ebenfalls dem römischen Recht entsprungenen Mittel, einem gerichtlichen Vergleichsverfahren, welches auf die Einwilligung der Gläubiger gestützt den Eintritt des Gemeinschuldverfahrens abwenden soll (Moratorial-, Akkord-, Ausgleichsverfahren, gerichtliche Nachlaß- oder Erlaß-, Borg- oder Stundungsverträge).

Gerade zur Abwendung eines noch nicht begonnenen Konkurses hat die gemeinrechtliche Praxis die zum sechsten Titel des zweiten Buchs besprochenen Zwangsstundungs- und Nachlaßverträge ausgebildet, und die Fürsorge, welche die Partikulargesetzgebung einer vergleichsmäßigen Erledigung der Schuldverhältnisse hat angedeihen lassen, bezweckt vorzugsweise die Verhütung des Gemeinschuldverfahrens. So faßt besonders Bremen das Moratorial- und Akkordverfahren auf; und so haben zur Abwendung des Konkurses Sachsen (Banqueroutiermandat vom 20. Dezember 1766 §§. 3. 13. 17. 22.; Leipziger Hand. Ger. O. vom 21. Dezember 1682 §. 25.), Kurhessen (vergl. Wagner Gerichtsverfassung §§. 646. ff.), Sachsen-Altenburg und Gotha (Proz. Ordn. v. 1744 resp. 1776 p. I. c. 37. §. II. resp. art. II. §. 7.), Braunschweig (Proz. Ordn. v. 1850 §. 309.), Anhalt (Anhang z. Prozeßnovelle v. 1850 Kap. 7. §. 8.) das Verfahren zur Herbeiführung

der Zwangsstundungs- und Nachlaßvergleiche, und Baden (Proz. Ordn. v. 1864 §§. 710. 711.) den Zwangsstundungsvergleich zugelassen oder von Amtswegen vorgeschrieben, und ebenso Württemberg (Organ. Edikt von 1818 §. 170., Proz. Ordn. v. 1868 Art. 915.), Hannover (Proz. Ordn. v. 1850 §§. 609. 610.), Mecklenburg-Schwerin (Verordn. v. 17. Dezember 1834), Mecklenburg-Strelitz (Verordn. v. 8. April 1836) und Lübeck (Konk. Ordn. §§. 14. 15.) die Herbeiführung eines mit Einstimmigkeit der erschienenen Gläubiger zu schließenden Vergleichs.

Im entgegengesetzten Sinne freilich hat ein anderer, großer Theil der Gesetzgebungen, die Preußische Konkursordnung (§. 210., Einführungsgesetz Art. XVII.), wie das Französische Fallimentsgesetz (art. 507. 541)[1]), die Bayerische Prozeßordnung (§. 1317.), die Nassauische Konkursverordnung (§. 55.) u. a., jedes gerichtliche Verfahren zur Abwendung des Konkurses ausgeschlossen.

Von beachtenswerther Seite hört man den Ruf nach Aufgabe dieses exklusiven Prinzips und Einführung eines Vergleichsverfahrens außerhalb und zur Abwendung des Konkurses. Vornehmlich der Handelsstand hat das Verlangen danach kund gegeben; der vierte Deutsche Handelstag von 1868 hat eine darauf gerichtete Resolution angenommen. Es ist namentlich den Grundsätzen das Wort geredet worden, auf denen das Bremer Moratorial- und Akkordverfahren beruht[2]).

Für ein solches Verfahren wird hauptsächlich geltend gemacht: die allgemeine Scheu vor jedem Konkurse, die längere Dauer und größere Kostspieligkeit desselben und die Entwerthung der Masse durch eine gerichtliche Verwaltung. Diese Uebelstände, so sagt man, drängen Gläubiger und Schuldner auf den Weg außergerichtlicher Vergleiche, welche bei jedwedem Mangel rechtlichen Zwanges entweder unverhältniß- und ungleichmäßige Opfer erfordern und unlautere Machinationen mit sich bringen, oder gänzlich scheitern und die Konkurseröffnung, da in der Zwischenzeit Schuldner und Gläubiger frei operiren können, zum Nachtheil der übrigen Gläubiger hinausschieben.

In hohem Grade allerdings sind diese Klagen auf Rechnung der Mängel im Konkursrecht und Konkursverfahren zu setzen; wo solche bestehen, mag es sein, daß »der schlechteste Ausgleich noch vortheilhafter erscheint, als eine Einlassung in

---

1) Der Code läßt noch die cession de biens zu (Code de commerce 566 fl., Code civil 1265 ff., Code de proc. civ. 898 ff.).

2) Th. Lesse, der Akkord rc. (oben S. 131 Note 2.) und dessen Antrag zum sechsten Deutschen Juristentage, Verhandl. Bd. 3. S. 117 ff.; Dr. Kompe Gutachten zu demselben, ebenda Bd. 1. S. 164 ff. — Verhandlungen des vierten Deutschen Handelstages zu Berlin vom 21. Oktober 1868 S. 65 ff., Beschluß I. II. A. S. 68; Dr. A. Meyer: Bericht rc. (oben S. 132 Note 1.), Bremer Handelsblatt 1864 S. 57 ff. und Denkschrift rc. (oben S. 131 Note 1).

den Konkurs« [1]). Findet man, wie der Entwurf es erstrebt, die Vorrechte beseitigt, das Gemeinschuldverfahren vereinfacht, in demselben den Akkord an der richtigen Stelle, mit weiter Anwendbarkeit und zutreffendem Inhalt, finden die Gläubiger, daß ihnen eine freie Einwirkung verliehen ist auf die Verwaltung der Aktiv- und die Feststellung der Passivmasse, so werden die Klagen und jene Scheu erheblich nachlassen [2]). Die alte Josephinische Konkursordnung von 1781 hatte die mehrfach gerühmten österreichischen Gesetze über den Zwangsausgleich vom $\frac{15. \text{ Mai}}{15. \text{ Juni}}$ 1859 und 17. Dezember 1862 hervorgerufen, — mit der Konkursordnung von 1868 verschwand das Ausgleichsverfahren. So auch ist in Lübeck, wo altes Herkommen das s. g. Inspektionsverfahren gebildet hatte [3]), mit Einführung der neuen Konkursordnung von 1862 dasselbe aufgegeben worden (Gerichtsverfassungsgesetz vom 11. November 1863 Art. 6) [4]).

Allein man täusche sich nicht. Durch die beste Gemeinschuldordnung kann das Verlangen nach einem gerichtlichen Vergleichsverfahren nie völlig befriedigt werden. Letzteres ist seinem Wesen nach ein Anderes als das Gemeinschuldverfahren und ein Anderes als der außergerichtliche Vergleich. Die Entwickelung der englischen Gesetzgebung zeigt es; sie hat von Stufe zu Stufe den Schwerpunkt in die Ausbildung des Vergleichsverfahrens gelegt. Der Zwangsvergleich wurde erst 1826 eingeführt, die Gesetzgebungen von 1849, von 1861 und 1869 haben ihn fortschreitend erleichtert. Außer dem Vergleich im Konkurse schuf das Gesetz von 1849 ein besonderes Regulirungsverfahren: arrangement under the superintendence and the control of the court (ss. 211—223), und ferner ein Verfahren zum Abschluß eines Vergleichs: arrangement by deed (ss. 224 — 229). Das Erstere glaubte die Gesetzgebung von 1861 entbehren zu können; es fand jedoch in die bankruptcy act von 1869 in vereinfachter Form als liquidation by arrangement wieder Eingang (s. 125). Das Letztere wurde in dem Gesetz von 1861 sogar maßlos erweitert; aber auch die act von 1869 hat es gegen die von 1849 erheblich erleichtert; jetzt schlechtweg composition with creditors genannt (s. 126), braucht der Vergleich nur in einer ersten Versammlung mit einfacher Personen- und drei Viertel Summenmajorität und nochmals in einer zweiten mit blos einfacher Personen- und Summenmajorität von den Gläubigern angenommen

1) Dr. Stubenrauch: Gutachten zu den Verhandlungen des sechsten Deutschen Juristentages Bd. 1. S. 42; Makower ebenda Bd. 3. S. 120.

2) In diesem Sinne hat der sechste Deutsche Juristentag sich gegen einen Vorakkord ausgesprochen; Verhandl. Bd. 3. S. 129, 336—339.

3) Bruhn, Sammlung von Entscheidungen des O. A. G. Lübeck Bd. 1. S. 33 ff.

4) Aus ähnlichem Grunde schaffte das Französische Fallimentsgesetz (541) das Institut der cession de biens ab.

zu sein; der Vergleich wird dann gerichtlich registrirt und bindet alle in dem Verzeichnisse des Schuldners aufgeführten Gläubiger[1]).

Ein besonderes Verfahren zur Liquidation der Masse möchte in der That entbehrlich erscheinen. Es wird überflüssig theils durch ein Gemeinschuldverfahren, welches die Verwaltung wie die Vertheilung der Masse den Gerichten entzieht und lediglich in die Hände der Gläubiger und des von ihnen gewählten Verwalters legt, theils durch ein Vergleichsverfahren, welches freilich einen anderen Inhalt als eine prozentmäßige Zahlung durch den Schuldner nicht ausschließen darf. Der Vergleich muß auch eine außergerichtliche Liquidation der Masse, mit oder ohne Zuziehung von Vertretern der Gläubiger, oder die Bildung einer Gesellschaft mit den Gläubigern, namentlich einer Kommanditgesellschaft, zum Inhalt haben können, überhaupt jeden Inhalt, der die Befriedigung der Gläubiger herbeiführt. Der Vergleich muß auch einen bloßen Stundungsvertrag enthalten können. Das Gesetz darf für den Inhalt des Vergleichs nicht eine einzelne Art vorschreiben. Nichtsdestoweniger wird thatsächlich dennoch Zahlung und Erlaß die kaum verlassene Regel bilden.

Indeß auch jedes Vergleichsverfahren außerhalb des Konkurses hat neben dem Vergleich im Konkurse nur dann Berechtigung und Raum, wenn es von dem Gemeinschuldverfahren spezifisch verschieden gestaltet wird. Die Vergleichsprozeduren, welche die Hannoversche Prozeß- und die Lübecker Konkursordnung vorschreiben und welche in Frankfurt a. M. bestehen, unterscheiden sich im Wesen nicht von Vergleichen in einem Konkurse. Das muß auch von dem oft genannten Bremer Moratorial- und Akkordverfahren behauptet werden. Dasselbe ist eine Art des »Debit-«, des Gemeinschuldverfahrens; es hat für den Falliten und die Gläubiger im wesentlichen dieselben materiellen Wirkungen, wie die Eröffnung des »eigentlichen« Konkurses (Deb. 2c. Ver. §. 168.); das Veräußerungsverbot an den Schuldner wird erlassen (§§. 104. 108. 109.); er verliert von Rechtswegen das Verfügungsrecht (§§. 22. ff.), dasselbe geht auf die Gläubigerschaft über (§§. 61. 85.); Exekutionen und Arreste für einzelne Gläubiger sind ausgeschlossen (§. 92). Daß eine Siegelung und Inventur wie bei der Konkurseröffnung nicht vorgeschrieben ist

1) Vergl. Anlageband S. 110, 111. — Der Entwurf von 1869 kannte weder einen gerichtlichen noch einen außergerichtlichen Zwangsvergleich. Es wurde jedoch geltend gemacht, daß 1866—1868 nur 2,165,000 Pfd. Sterl. als gerichtliche Konkursmasse, dagegen als Vergleichsmasse 25,270,000 Pfd. Sterl. erzielt worden; die gerichtliche Dividende sei nahezu nichts gewesen, im Vergleichswege 1866 nahezu 6 Sh. auf ein Pfd. Sterl., d. h. 30 Prozent, und 1868 fast 7 Sh., d. h. 35 Prozent, bezahlt worden. Nach einer anderen Angabe seien es von 8000 Konkursen nur 57 gewesen, die 7½—10 Sh., d. h. 37½—50 Prozent, dagegen von 9000 Vergleichsfällen 390, die 10 Sh., d. h. 50 Prozent, ergeben hätten. F. Mittermaier in Goldschmidt und Labands Zeitschrift Bd. 15. S. 377.

(§. 104. I. Abs.), ist anbetrachts des Dispositionsverlustes und des Zwangsakkordes von sehr zweifelhaftem Werth, — und daß eine Veräußerung nur auf Beschluß der Gläubiger und mit Einwilligung des Falliten geschehen soll, hat praktisch kaum einen Werth; die Zustimmung der Gläubiger findet sich stets, sie zu erlangen durch Einberufung einer Gläubigerversammlung und durch Mehrheitsbeschluß, ist nur umständlicher, als wenn die Zustimmung eines Gläubigerausschusses genügte; der Fallit aber kann sich der Einwilligung nicht entziehen, will er nicht das Zustandekommen des Akkordes gefährden. Die Versilberung erfolgt daher stets[1]). Dabei haben die Gläubiger einen geringeren, der Kommissar einen größeren Einfluß auf die Verwerthung, als nach dem Entwurf in einem Gemeinschuldverfahren, und keineswegs wird die Entwerthung der Masse irgend mehr vermieden. Ebenso steht es mit der Passivmasse; in Betreff dieser unterscheidet das Moratorial- und Akkordverfahren sich wohl von dem Bremer Konkursverfahren, — es findet nicht die Ediktalladung mit Präklusion statt, es wird nicht von Amtswegen die prozessualische Feststellung der streitigen Forderungen betrieben, nicht prozessualisch die Rangordnung durch ein Kollokationsurtheil festgestellt, bis zu dessen Rechtskraft die Vertheilung ausgesetzt bleibt; — allein diese Uebelstände vermeidet auch das Gemeinschuldverfahren des Entwurfs; derselbe kennt nicht eine »Konstituirung der Gläubigerschaft durch einen Gesammtprozeß oder Einzelprozesse« und weist auch auf die Prüfung und Theilnahmeberechtigung der Forderungen den Gläubigern einen größeren Einfluß zu, als diese in dem Moratorial- und Akkordverfahren genießen. Ob im übrigen die Vorschriften über Zeit und Erfordernisse für den Abschluß, über Wirkung und Bestand des Akkordes Nachahmung erfordern, mußte oben bei Prüfung des Zwangsvergleichs im Konkurse erörtert werden. Dorthin gehört das Bremer Verfahren. Es trägt dasselbe Odium und ist von längerer Dauer, als das Zwangsvergleichsverfahren des Entwurfs.

Ein anderes Wesen gewinnt das Vergleichsverfahren außerhalb und zur Beseitigung des Konkurses nur dadurch, daß dem Schuldner durch dasselbe Besitz und Verwaltung des Vermögens und die Verfügungsbefugniß nicht von Rechtswegen entzogen wird.

Dadurch würden allerdings die einschneidenden Nachtheile vermieden, welche die Eröffnung eines Konkurses und blos diese unvermeidlich mit sich bringt, mag auch der Konkurs so schnell und so spurlos wie irgend möglich vorübergehen. Ein Konkurs erheischt nothwendig den Dispositionsverlust, die Siegelung, die Vermögensverwaltung durch Andere; ihnen wohnt selten die Kenntniß des Geschäfts-

---

1) Vergl. oben S. 131; Denkschrift S. 15, 17.

zweiges, niemals die Kenntniß des fraglichen Geschäfts in demselben Maße wie dem Schuldner bei. Die Thätigkeit des Schuldners kann zwar zu Hülfe genommen werden, — aber er ist nicht der Herr und nicht verfügungsberechtigt. Einzelne Gegenstände können von der Siegelung ausgeschlossen, das Geschäft kann wieder fortgesetzt werden, — allein der Stillstand ist eingetreten, Konkurs ist ausgebrochen; der Kredit des Gemeinschuldners hat empfindliche Einbuße erlitten, die Geschäftskundschaft verringert sich, der Werth des Vermögens schwindet selbst bei der besten Verwaltung. Das sind nicht unabwendbare Folgen der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit; der Druck des Konkurses bewirkt sie. Man greift, wie die Erfahrung lehrt[1]), nicht zu hoch, wenn man annimmt, daß der Werth der Masse durch die Thatsache der Konkurseröffnung, die Beschlagnahme, die längere oder kürzere Verwaltung um durchschnittlich 20 Prozent und darüber sinkt. Diese nicht blos den Schuldner, sondern rückwirkend gerade die Gläubiger treffenden Verluste sind es, welche zu jenen außergerichtlichen Vergleichsverhandlungen hindrängen.

Die Schranke liegt freilich darin, daß ein gerichtliches Vergleichsverfahren ohne Dispositionsentziehung im allgemeinen unstatthaft ist. Die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners begründet den Gemeinschuldanspruch der Gläubiger. Das Gemeinschuldverfahren nimmt den Gläubigern das Recht auf einzelnes Vorgehen, gleichzeitig aber auch dem Schuldner das Recht, weiter zu verfügen. Das Eine ist Korrelat des Anderen, und ein gerichtliches Vergleichsverfahren ist ohne Hemmung aller Zwangs- und Sicherheitsvollstreckungen seitens der einzelnen Gläubiger nicht durchführbar. Darf durch Eintritt eines solchen der Gemeinschuldanspruch und das Recht auf Konkurseröffnung beseitigt oder verschoben werden?

Dennoch, ausnahmsweise erscheint es so gerechtfertigt wie geboten. Es ist zu gestatten, wenn die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners durch unverschuldete Zeitumstände oder Unglücksfälle entstanden ist, wenn seine Geschäfts- und Buchführung klar und vollständig den Stand der Sache übersehen läßt, wenn dadurch und durch die Haltung einer überwiegenden Mehrzahl seiner Gläubiger bei der Eröffnung des Verfahrens gegründete Aussicht auf Erfolg gegeben ist, und die Persönlichkeit des Schuldners und andere Garantieen eine Verringerung des Vermögens während des Verfahrens nicht befürchten lassen. Der Schuldner tritt unter Aufsicht der Gläubiger; es können gerichtliche Sicherungsmaßregeln ergriffen werden. Eine Dispositionsentziehung ist nicht geboten; der Inhalt des Gemeinschuld-

1) Nach einer vom Handelsgerichte in Cöln mitgetheilten Durchschnittsberechnung ergab von 25 Fallimenten die erste von den Agenten zu Anfang des Falliments aufgestellte Bilanz eine Durchschnittsmasse von 41 Prozent, dagegen die von den provisorischen Syndiks vor Abschluß des Konkordats aufgestellte Bilanz nur 15 Prozent.

anspruchs und der Zweck des Gemeinschuldverfahrens, — die gleichmäßige und umfassende Befriedigung der Gläubiger herbeizuführen, — wird auch durch das Vergleichsverfahren erzielt. Bleibt zwar eine Täuschung und nachtheilige Verfügungen immerhin möglich, so kann diese Möglichkeit gegenüber der Wahrscheinlichkeit, die Konkurseröffnung und ihre Nachtheile zu vermeiden, nicht schwer in die Wagschale fallen.

Darin findet die englische und die Gesetzgebung Sachsens, Braunschweigs, Anhalts, Badens, Mecklenburgs u. s. w. ihre entschiedene Berechtigung. Sie geht nur zu weit, sofern sie das Vergleichsverfahren in allen Fällen regelmäßig zuläßt[1]). Sie geht ferner zu weit, indem sie (die Mecklenburgs ausgenommen) auch hier dem von einer Mehrheit der Gläubiger angenommenen Vergleich Zwangswirkung gegen die Minderheit beilegt.

Daß ein Zwangsvergleich ohne gerichtliche Prüfung und Bestätigung nicht gebilligt werden kann, ist schon zum sechsten Titel des zweiten Buchs (oben S. 136 ff.) ausgeführt worden. Die Prüfung würde erstens die Feststellung der Forderung und Stimmberechtigung der Gläubiger unter richterlicher Mitwirkung erfordern; es kann nicht lediglich die Angabe des anmeldenden Gläubigers (wie bei den Bremer Moratorialverhandlungen, D. B. §§. 130. 132.), nicht lediglich die Erklärung des Verwalters (wie im dortigen Akkordverfahren, D. B. §. 184.[2]) und nach englischem Recht), noch weniger die Erklärung des Schuldners (wie zuweilen die gemeinrechtliche[3]) Praxis annimmt) genügen; es könnten sonst leicht Personen mit übertriebenen oder erdichteten Forderungen die Gläubiger überstimmen, oder es könnte die Mehrzahl erreicht werden durch den Ausschluß wohlbegründeter Forderungen. Und zum anderen würde die Prüfung des Vergleichs und eines nothwendig zuzulassenden Widerspruchs eine sichere Kenntniß und gerichtliche Feststellung der Vermögensmasse des Schuldners erfordern. Beide Erfordernisse würden den Werth des Vergleichsverfahrens so vermindern, daß es gegenüber den festen Grundlagen und der größeren Sicherheit eines Gemeinschuldverfahrens und eines Zwangsvergleichs in diesem nicht in Betracht kommen dürfte. Soll das Vergleichsverfahren die oben hervorgehobenen

---

1) Gemeinrechtlich ist es bekanntlich kontrovers, ob die Schuldlosigkeit des Kridars für das Vergleichsverfahren ein Erforderniß ist oder nicht? s. Schweppe §. 12.; v. Bayer §. 39. Note 5.; Fuchs S. 78, 90; Seuffert Arch. Bd. 11. Nr. 320., Bd. 22. Nr. 195. (O. A. G. Darmstadt), Bd 1. Nr. 150. (O. Trib. Stuttgart), Bd. 17. Nr. 195. (O. A. G. Lübeck). In Kurhessen wird die Frage verneint, vergl. Wagner §. 653. k., §. 661. c.; das Sächsische Banquer.-Mandat §. 3. und §. 13. bejaht sie.

2) Der Ausschluß richterlicher Prüfung wird in Bremen selbst als Mangel empfunden, vergl. Denkschrift S. 11.

3) Seuffert Arch. Bd. 22. Nr. 195. (O. A. G. Darmstadt).

Nachtheile des letzteren verhüten und noch die Vorzüge einer kürzeren Dauer, freieren Bewegung und geringeren Kostspieligkeit gewinnen, so muß eine gerichtliche Feststellung der Aktiv- und der Passivmasse von ihm fern gehalten werden.

Ohne Zwang allerdings bedürfte es nicht eines Verfahrens vor Gericht. Das Vergleichsverfahren erhält aber ausreichende Zwangswirkung dadurch, daß es die Gläubiger, unter Hemmung einzelnen Andringens, zur Theilnahme an demselben nöthigt, daß der Vergleich auch den ausbleibenden Gläubigern gegenüber bindend ist. Die Gläubiger sollen sich nicht aus Bequemlichkeit den Verpflichtungen entziehen, welche die Noth der Umstände ihnen auferlegt; sie sollen nicht aus Eigennutz zum Nachtheil der Uebrigen eine abwartende Stellung einnehmen, dann ihre volle Forderung geltend machen und dadurch den kaum abgewendeten Konkurs herbeiführen können.

Von den Erschienenen dagegen ist Einstimmigkeit der Annahme unerläßliches Erforderniß für den Vergleich. In den Fällen, für die das Verfahren zugelassen werden soll, wird die Einstimmigkeit nicht schwer zu erreichen sein. Muß der Entwurf schon für einen Vergleich im Konkurse die Einstimmigkeit der Annahme als nicht selten voraussetzen (§. 180. Nr. 2. und Motive S. 140), so wird die Einstimmigkeit hier gewiß nur selten fehlen. Der Einzelne, welcher allein durch seine Stimme gegen die Stimmen aller Uebrigen den Vergleich verhindern kann, wird sich diesen gegenüber mehr scheuen, aus Eigensinn oder Eigennutz den Vergleich zu Falle zu bringen, als wenn seine Stimme erst im Verein mit anderen Widersprechenden entscheidendes Gewicht hätte, als wenn er also mit Anderen die Verantwortlichkeit theilte. Zudem haben Schuldner wie Gläubiger es in der Hand, einzelne dem Vergleich Abgeneigte zu bezahlen, abzufinden oder ihre Forderung an sich zu bringen. Der Begriff eines verwerflichen »Stimmkaufens« ist nur bei Mehrheits- und Zwangs-, nicht bei Einhelligkeitsbeschlüssen anwendbar. Durch die Abmachungen mit dem Einen wird der Andere zu nichts gezwungen; er kann stimmen, wie er will; in seinem Widerspruch, der für sich schon entscheidet, wie in seiner Zustimmung ist Jeder unabhängig von dem Anderen. Die Abfindung eines Anderen bedarf daher nicht der Genehmigung der Uebrigen, wie bei dem Zwangsvergleich. Nur daß jede Abfindung unbedingt anfechtbar bleibt, welche mit einer betrüglichen Abrede verbunden ist, die übrigen Gläubiger zu benachtheiligen; gleichwie der einzelne Gläubiger zur Anfechtung seiner vergleichsmäßigen Zugeständnisse berechtigt bleibt, wenn er nachweist, durch betrügliche Vorspiegelungen zur Einwilligung verleitet zu sein, — beides nach Maßgabe des Civilrechts. So verhält es sich rechtlich, und insoweit wird es als Vorzug betrachtet werden können, wenn das Gesetz gegenüber dem Zwangsvergleiche mit dem Erfordernisse gleicher Befrie-

digung Aller die Alternative einer ungleichen Befriedigung Einzelner mit dem Erforderniß der Stimmeneinhelligkeit eröffnet. Thatsächlich aber gewährt eben dieses Erforderniß den Gläubigern gegen ein sachwidriges Abfinden Einzelner doppelten Schutz. Einmal steckt es dem Aufkaufen und Abfinden durch den Schuldner seine natürlichen Grenzen. Und andererseits ist von den übrigen Gläubigern ein Jeder dadurch, daß er dem Vergleich widerspricht und die Eröffnung des Gemeinschuldverfahrens herbeiführt, in der Lage, die geschehene Abfindung nach §§. 28. 29. des Entwurfs der Anfechtbarkeit auszusetzen. Die Wirksamkeit jeder besonderen Abfindung ist dadurch bedingt, daß der Konkurs vermieden bleibt. Dieses Risiko, vor allem aber die Oeffentlichkeit der Verhandlungen wird die Gläubiger von der Verfolgung ungerechtfertigten Sondernutzens abhalten und sie antreiben, dem der Gesammtheit nützlichen Vergleich ihre Zustimmung zu ertheilen.

Bei den so gestellten Voraussetzungen wird der Einwurf nicht fehlen, daß in den meisten Fällen es nicht unschwer gelingen würde, auch im Wege außergerichtlicher Verhandlungen den Vergleich zu Stande zu bringen, daß es sonach unnöthig sei, die Thätigkeit staatlicher Organe da in Anspruch zu nehmen, wo dieselbe Leistung durch die Betheiligten selbst erzielt werden könnte. Es liegt fern, mit der Einführung des vorgeschlagenen Verfahrens die außergerichtlichen Vergleichsverhandlungen beseitigen zu wollen; außergerichtliche Unterhandlungen werden stets ihre große Rolle spielen, oft auch allein am Platz sein (s. Motive oben S. 179). In Zeiten allgemeiner Krisen indeß, wo der Kredit und das Vertrauen plötzlich verschwunden ist, wo fast Jeder, sei es zur eigenen Rettung oder aus Besorgniß, Verluste zu erleiden, rücksichtslos bestrebt ist, sein Guthaben beizutreiben, ist es erfahrungsmäßig kaum möglich, außergerichtlich eine Einigung aller Betheiligten zu erreichen[1]). Und zu allen Zeiten, im ruhigsten Verkehr, hat ein gerichtliches Verfahren unbestreitbar den Vorzug, daß es dem Versuche, die eingetretenen Verwickelungen schnell zu lösen und weitere Nachtheile abzuwenden, einen festen Mittelpunkt und gewichtigen Nachdruck verschafft. Es ermöglicht dem Schuldner, mit allen seinen Gläubigern unter der Autorität des Gerichts zusammenzutreten, den Gläubigern, selbst und durch ihre Vertrauensmänner einen zuverlässigen Einblick in die Verhältnisse des Schuldners zu thun. Jeder muß mit seiner Stimmung und seinem Verlangen hervortreten. Die Schwierigkeiten, den unbekannten Wohnort

1) Während der Handelskrisis von 1857 hat das Bedürfniß in Hamburg und im Altonaer Gerichtsbezirk zu dem sogenannten Administrationsverfahren für die Zeit bis zum 31. März 1858 geführt. Vergl. die Hamburgische Verordnung, publ. den 2. Dezember 1857 (in Goldschmidts Zeitschr. f. Handelsrecht Bd. 1. S. 144) und die Bekanntmachung des Altonaer Oberpräsidiums vom 8. Dezember 1857 (Ges. u. Min. Blatt f. Holstein 1857 St. 40. Nr. 168. S. 395).

verzogener, die Erben verstorbener Gläubiger, die zeitigen Inhaber umlaufender Handelspapiere aufzufinden, werden beseitigt. Einzelnen ungünstig gestimmten Gläubigern entzieht die Eröffnung des Verfahrens das bei außergerichtlichen Unterhandlungen leicht anwendbare Mittel, durch einfaches Fernhalten, durch Zwangsvollstreckungen oder Antrag auf Konkurseröffnung oder durch Drohung mit solchen auf Unkosten der übrigen einsichtsvolleren Gläubiger besondere Vortheile ohne Schranken zu erwirken. Und wenn sonst während der längeren Dauer jener schwierigeren Unterhandlungen die Gläubiger der Sicherung gegen den Schuldner völlig entbehren, so gewährt das Vergleichsverfahren ihnen eine dem Konkurse nahe kommende Sicherheit, ohne den Geschäftsbetrieb des Schuldners zu stören. Es hält von ihnen diejenigen Vorzugs- und Absonderungsansprüche fern, welche das bürgerliche Recht gegen die für ein Gemeinschuldverfahren in Kraft tretenden Bestimmungen für außergerichtliche Verhandlungen gelten lassen würde. Es gewährt den Gläubigern endlich wie das Gemeinschuldverfahren einen sofortigen Vollstreckbarkeitstitel.

Man wird eine »bloßstellende« Oeffentlichkeit des Verfahrens fürchten, die den ohnehin erschütterten Kredit des Schuldners noch mehr erschüttern würde. Allein die Scheu vor der Oeffentlichkeit wird schwinden, wenn allmälig die wohlthätigen Folgen des Gesetzes in einzelnen Fällen zu Tage getreten sein werden, wenn zugleich die Einsicht Raum gewinnt, daß diejenige Oeffentlichkeit, der auch außergerichtliche Unterhandlungen verfallen, im Grunde alle die Schattenseiten, aber keine der Lichtseiten hat, wie die Oeffentlichkeit eines gerichtlichen Verfahrens. Von vorn herein aber springt in die Augen, wie die Eröffnung des Verfahrens schon dem Schuldner öffentlich das Zeugniß ausstellt, daß die Entstehung seiner Zahlungsunfähigkeit unverschuldeten Unglücksfällen zuzuschreiben ist. Das kann das Vertrauen in ihn nicht stärker erschüttern, muß es vielmehr wieder befestigen.

Das Verfahren ist und soll ein Ausnahmeverfahren sein. Dadurch verliert es nicht an Werth. Mögen es auch nur wenige Schuldner sein, welche eine ausnahmslose Gesetzgebung ungerechtfertigt in die Nachtheile des Konkurses oder außergerichtlichen Vergleichs drängt, so muß die Gesetzgebung doch für sie Abhülfe schaffen, — und gerade die achtbaren Geschäftsleute sind es, um die es sich handelt.

Den Geschäftsmann, welcher unverschuldet, vielleicht sogar durch die Schuld Anderer in Zahlungsunfähigkeit gerathen ist, anders zu behandeln, als einen böswilligen oder leichtsinnigen Bankeruttirer, jenen von den rechtlichen und moralischen Folgen auszunehmen, welche diese an Person und Vermögen treffen müssen, wird eine Genugthuung für den ehrenhaften Theil des ganzen Handelsstandes sein und eine Vergeltung für Leichtfertigkeit und Arglist. Zugleich aber wird die Zulassung

des Verfahrens ein Antrieb sein für jeden Schuldner, im ersten und rechten Augenblick seinen Vermögensverfall freimüthig zu bekennen und nicht, aus Furcht vor den Nachtheilen eines Konkurses, seine und seiner Gläubiger Lage durch vergebliche Anstrengungen hinziehend zu verschlimmern oder gar auf Kosten der Gläubiger eine Raubwirthschaft fortzusetzen. Das Weiterarbeiten mit Unterbilanz ist es, welches die traurigen Resultate der meisten Konkurse verursacht, und dem kann durch kein Strafgesetz genügend vorgebeugt werden.

Die einzelnen Vorschriften der
§§. 233—256.
werden nur kurzer Erörterung bedürfen.

Das als Rechtswohlthat für vorwurfsfreie Schuldner zu ihrem und ihrer Gläubiger Vortheil dienende Verfahren trägt den Schutz gegen Mißbrauch dadurch in sich, daß ein ungerechtfertigter Antrag die sofortige Konkurseröffnung nach sich ziehen soll (§. 239.); der Antrag ist zweischneidig. Auch das eröffnete Verfahren kann bei irgend welchem Mißerfolg leicht in das Gemeinschuldverfahren überführen (§. 253).

Diese Verbindung erfordert die Kompetenz desjenigen Gerichts, welches auch für das Gemeinschuldverfahren zuständig sein würde (§. 234.; vergl. §. 73).

Das Vergleichsverfahren hat eine Verwaltung des Vermögens nicht zur Aufgabe; es bedarf nicht eines Verwalters; es kann aber zur Vermittelung zwischen dem Schuldner und den Gläubigern, zur Einsicht in dessen Verhältnisse und zur Aufsicht über denselben eines Organs nicht entbehren. Als solches sollen Vertrauensmänner fungiren (§. 236). Um Autorität zu genießen, müssen sie vom Gericht ernannt, um Vertrauen zu besitzen, von den Gläubigern erwählt sein (§. 247. Abs. 2.); so lange eine Wahl nicht thunlich, verdienen Vorschläge der Gläubiger Berücksichtigung. Das Gericht kann aber an die Vorschläge schon wegen jener Verbindung, in der das Vergleichs- zu dem Gemeinschuldverfahren steht, nicht unbedingt gebunden sein. Da es möglich ist, daß der Antrag auf Eröffnung des ersteren nicht dieses, sondern die des letzteren herbeiführt, oder daß das eröffnete Vergleichsverfahren demnächst in ein Gemeinschuldverfahren hinübergeführt werden muß, so ist es dringend rathsam, einen der Vertrauensmänner aus der Zahl derjenigen Personen zu nehmen, welche zu dem Amte eines Gemeinverwalters befähigt sind.

Es kann sogar leicht der Fall eintreten, daß dem Gericht gleichzeitig der Antrag des Schuldners auf Eröffnung des Vergleichs- und der Antrag eines Gläubigers auf Eröffnung des Gemeinschuld-Verfahrens vorliegt. Es empfiehlt sich dann um so mehr, ein und dieselbe Person zum Gemeinverwalter (§. 104.) und zugleich zu einem der Vertrauensmänner zu ernennen. Die allgemeinen Sicherungsmaß-

regeln, welche der Antrag auf Konkurseröffnung ermöglicht und die zu erwirken dem ernannten Gemeinverwalter freisteht (§. 105. Abs. 2.), — der Erlaß eines offenen Arrestes (§§. 116. 117.), die Sicherung des Postverkehrs (§. 19.), die Vermerke in Grund- und Hypothekenbücher (§. 120.), die allerdings nur äußersten Falles vorzunehmende Siegelung (§. 121.) und gerichtliche Inventur (§. 123.) und das allgemeine Veräußerungsverbot (§. 105. Abs. 2.), — kommen bei dem Vorliegen beider Anträge den Gläubigern zu statten. Das Gericht wird aber gerade die Anordnung solcher allgemeiner Sicherungsmaßregeln mit doppelter Vorsicht prüfen. Auch ohne dieselben, und auch ohne daß ein Antrag auf Konkurseröffnung vorliegt, ermöglicht der Antrag auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens es, die Gläubiger sofort und hinreichend durch Maßregeln zu sichern, die auf einzelne Vermögensstücke des Schuldners sich beschränken (§. 241. Abs. 2).

Die Voraussetzungen für die Eröffnung des Vergleichsverfahrens sind:

1. unverschuldete Zahlungsunfähigkeit,
2. die Zustimmung von mindestens drei Viertheilen der Gläubiger,
3. übersichtliche Buchführung,
4. eine vollständige Bilanz und
5. ein vollständiger Vergleichsvorschlag.

Das Gericht hat die Gewähr für das Vorliegen derselben, von seiner eigenen Prüfung abgesehen, in der Mitwirkung der Vertrauensmänner und dem eidlichen Erbieten bezw. der Eidesleistung des Schuldners (§§. 234. 247. Abs. 3.) zu suchen.

Inwieweit geistige Unfähigkeit oder Ueberspannen der Kräfte des Schuldners ihm als Verschuldung angerechnet werden muß, ist eine Thatfrage des einzelnen Falles. In allen Fällen wird die Darstellung der Thatumstände, denen er den Eintritt seiner Zahlungsunfähigkeit zuschreibt, und die Angabe der Beweismittel eine nähere Untersuchung ermöglichen.

Zur Eröffnung des Verfahrens bedarf es einer Garantie für das Gelingen desselben. Die Zustimmung von drei Viertheilen der Gläubiger genügt; durch sie werden die Gläubiger in ihren Entschließungen über den Vergleich selbst nicht gebunden; bei den Sicherungen des Verfahrens können die Gläubiger sie ohne Gefährdung ertheilen; einem achtbaren Schuldner wird es daher nicht schwer fallen, die Zustimmung zu erlangen.

Aufgabe der Vertrauensmänner ist es, außer der Entstehung der Zahlungsunfähigkeit vor allem die Vermögensverhältnisse und die Buchführung des Schuldners kennen zu lernen. Welche Maßregeln sie hierzu ergreifen wollen, muß ihrem pflichtmäßigen Ermessen nach Lage des einzelnen Falles überlassen bleiben. Es ist ihnen so wenig verboten, wie unbedingt geboten, eine vollständige Inventur auf-

nehmen oder die Bücher durch besondere Sachverständige prüfen zu lassen. Ihr Gutachten muß mit möglichster Zuverlässigkeit, aber auch in möglichst kurzer Zeit abgegeben werden. Sowohl als Anhalt für das Gericht zur Eröffnung des Verfahrens, wie für die Gläubiger zu ihren Abstimmungen in demselben soll das Gutachten auch darauf sich richten, welches Ergebniß voraussichtlich ein Gemeinschuldverfahren haben würde.

Die Bilanz muß genau und vollständig sein, namentlich die einzelnen Forderungen, ihren Schuldgrund und die Schuldurkunden angeben. Sie ist die Grundlage für das ganze Verfahren, für die Zuziehung der Gläubiger, die Annahme und Wirkung des Vergleichs. Ihre Aufnahme wird daher mit vorzüglicher Sorgfalt geschehen müssen. Um Uebereilungen zu verhüten und um andererseits die nothwendige Beschleunigung des Vorgehens zu befördern, gestattet der Entwurf, daß ausnahmsweise mit dem Antrage eine vorläufige Bilanz übergeben und die vollständige Bilanz nachgebracht werde (§. 235). In diesem Falle hat der Schuldner die Vertrauensmänner, denen ohnehin die Prüfung der Bilanz obliegt, schon bei der Aufstellung zuzuziehen. Der Entwurf erachtet es ferner im Interesse aller Betheiligten, daß der Vergleichsvorschlag von vorn herein unter Mitwirkung der Vertrauensmänner festgestellt werde (§. 237). Ueber den Inhalt desselben ist oben bereits das Erforderliche angedeutet.

Das Gericht befindet auf Grund des von den Vertrauensmännern abgegebenen Gutachtens nach freier Ueberzeugung, ob die Voraussetzungen für das Vergleichsverfahren vorliegen. Es ist ermächtigt, den Schuldner und die Vertrauensmänner zu hören; da es sich aber nicht, wie bei der Konkurseröffnung um eine Interdiktion des Schuldners handelt, so bedarf es weder eines Urtheils, noch einer vorgängigen mündlichen Verhandlung. Daß gegen den Eröffnungsbeschluß dem Schuldner ein Rechtsmittel nicht zustehen kann, liegt auf der Hand; er hat das Verfahren beantragt; dem einzelnen Gläubiger muß es versagt werden, denn das Verfahren dient zum Vortheil aller Gläubiger (vergl. Motive zu §. 111. oben S. 59); dem Gläubiger, der sich beschwert fühlt, bleibt überlassen, gegen den Vergleich zu stimmen; eine Beschwerde würde, wenn sie auch noch so schnell betrieben und in der Beschwerdeinstanz für begründet befunden werden sollte, selten einen früheren Erfolg haben, als bis das Vergleichsverfahren sein Ende erreicht hätte oder seinem Ende nahe wäre; die Zulassung einer Beschwerde würde daher unpraktisch oder störend sein, vielmehr kann und muß der Ausgang des Verfahrens abgewartet werden. Der Beschluß erfolgt daher endgültig. Erachtet das Gericht die Voraussetzungen als nicht vorhanden, so wird ein besonderer, den Antrag zurückweisender Beschluß dadurch erübrigt, daß das Gericht sofort auf Eröffnung

des Gemeinschuldverfahrens erkennt, und der §. 111. dem Schuldner gegen dieses Eröffnungsurtheil die Berufung gestattet. Bei dem vom Schuldner gestellten Antrage, welcher die Zahlungsunfähigkeit bekennt, und bei den vorausgegangenen Ermittelungen wird es nicht als Ausnahme von dem Prinzip des §. 99. und als eine gerechtfertigte Ausnahme des §. 104. zu betrachten sein, wenn das Eröffnungsurtheil ohne weiteren Antrag und ohne vorgängige mündliche Verhandlung soll erfolgen können (§. 239). Selbstverständlich ist das Gericht befugt, eine Verhandlung vorhergehen zu lassen. Ein Verhandlungstermin wird stets vorhergehen müssen, wenn gleichzeitig der Antrag eines Gläubigers auf Eröffnung des Gemeinschuldverfahrens vorliegt. Erkennt das Gericht in Gemäßheit dieses Antrags auf Konkurseröffnung, so ist dadurch zugleich der Antrag des Schuldners auf Zulassung zum Vergleichsverfahren erledigt (§. 233). Beschließt das Gericht dagegen die Eröffnung des letzteren, gemäß dem Antrage des Schuldners, so muß es die etwa in Verfolg des Konkursantrags getroffenen allgemeinen Sicherungsmaßregeln, von denen oben die Rede war, aufheben, unbeschadet der für das Vergleichsverfahren zugelassenen, einzelnen Sicherheitsmaßregeln. Neben dem Beschluß auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens bedarf es nicht eines Urtheils, durch welches der Gläubiger mit dem Konkursantrage abzuweisen wäre[1]); der Fall des §. 108., darüber zu erkennen, ob der Konkursantrag begründet oder unbegründet ist, liegt nicht vor; das Vergleichsverfahren ist endgültig eröffnet, bis zur Aufhebung desselben soll nach §. 240. das Gemeinschuldverfahren ausgeschlossen sein; wenn daher der Konkursantrag auch durch förmliches Urtheil abgewiesen würde, so könnte doch eine gegen dasselbe nach §. 111. eingelegte Berufung nicht vor der Aufhebung des Vergleichsverfahrens Erfolg haben. Solche Kollisionen werden aber im praktischen Leben schon durch die Vorschriften der §§. 249. 255. ausgeschlossen.

Die eben gedachte Wirkung der Eröffnung des Vergleichsverfahrens: der Ausschluß einer Konkurseröffnung, ist der Zweck des Gesetzes; derselbe verlangt aber auch, wie bereits einleitend gedacht ist, daß das Andringen der einzelnen Gläubiger durch Arreste oder Zwangsvollstreckungen ausgeschlossen wird; den Gläubigern geschieht nicht Unrecht; denn das Verfahren und die durch dasselbe gebotene Sicherung kommt allen Gläubigern gleichmäßig zu statten. Dagegen ist ein Ausschluß von Klagen gegen den Schuldner nicht geboten, vielmehr muß denjenigen Gläubigern, deren Forderungen der Schuldner bestreitet, der Weg offen bleiben, einen Vollstreckbarkeitstitel zu erlangen. Wie einem Zwangsvergleich im Konkurse, so bleiben auch dem Vergleichsverfahren die Vorzugsgläubiger und die Absonderungsberechtigten fern, freilich nur diejenigen, welche der Entwurf für ein Gemeinschuld-

1) Vergl. Art. 906. ff. des Holländischen Handelsgesetzbuchs.

verfahren als solche anerkennt; das Vorzugs- und Absonderungsrecht kann daher auch während des Vergleichsverfahrens durch Arrest und Exekution verfolgt werden; das gilt, da dem Schuldner das Verfügungsrecht verbleibt, sogar von solchen Absonderungs-, insbesondere Pfandrechten, welche von ihm erst nach Eröffnung des Verfahrens freiwillig bestellt sind (§. 240).

Der Schuldner darf durch die Eröffnung desselben die Verfügungsbefugniß nicht verlieren; auch das ist einleitend begründet worden. Man möchte aber dahin neigen, seine Verfügungsbefugniß gesetzlich zu beschränken. Das Belgische Fallimentsgesetz enthält für den Fall der Generalstundung solche Beschränkungen (art. 603.), und das Deutsche Handelsgesetzbuch stellt ähnliche Beschränkungen für Handlungsbevollmächtigte (Art. 47.) und Liquidatoren (Art. 137.) auf. Allein die thatsächlichen Verhältnisse liegen dort anders. Die Prozeßführung z. B., die Eingehung neuer Geschäfte, selbst die Aufnahme von Darlehen und Krediten darf dem Schuldner nicht entzogen werden; zudem gefährden solche und andere allgemeine Dispositionsbeschränkungen die Sicherheit des Verkehrs, namentlich tritt eine Gefährdung Dritter im Wechselverkehr und betreffs anderer Ordrepapiere leicht ein. Die Gläubiger sind durch das Anfechtungsrecht gegen betrügliche Handlungen unbedingt geschützt, gegen Begünstigungen und Befriedigungen einzelner Gläubiger, sowie gegen Kompensationen bedingt für den Fall, daß es zur Eröffnung des Gemeinschuldverfahrens kommt. Im übrigen muß es genügen, daß der Schuldner unter eine umfassende Aufsicht der Vertrauensmänner tritt, daß ihm namentlich in das Geschäft ein Aufseher gesetzt werden kann[1]), und daß das Gericht ermächtigt wird, ihm die Verfügung über einzelne Vermögensstücke zu entziehen oder zu beschränken. Allgemeine Verfügungsbeschränkungen würden der Tendenz des Verfahrens zuwiderlaufen (§. 241).

Die Beschränkungen, welche die Konkurseröffnung gegen einen Gemeinschuldner in der Ausübung der bürgerlichen Ehrenrechte zur Folge hat, hält die Eröffnung des Vergleichsverfahrens von dem Schuldner fern. Indessen schon der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit ohne nachfolgenden Konkurs zieht einzelne derartige Beschränkungen nach sich, so die Beschränkung des Börsenbesuchs, der Befähigung, Handelsrichter oder Mitglied einer Handelskammer zu sein u. s. w. (Vergl. oben Motive S. 191); diese Beschränkungen müssen bis zur Aufhebung des Verfahrens dauern; je nach dessen Ausgang tritt entweder von selbst, ohne Wiedereinsetzung des Schuldners, ihr Wegfall, oder es treten mit der Eröffnung des Konkurses die Regeln desselben ein (§. 242).

Zur Theilnahme an dem Vergleichsverfahren sollen nur die von dem

1) Vergl. Spanisches Handelsgesetzbuch Art. 1162. ff.

Schuldner angegebenen Schuldbeträge berechtigen (§. 244.), andererseits soll der Vergleich nur auf diese sich erstrecken (§. 251). Bei dem Prinzip der Stimmeneinhelligkeit ist dies ohne Nachtheil für die Gläubiger möglich. Der Gläubiger, dessen Forderung zu niedrig angegeben ist, leidet nicht; er kann mit dem angegebenen Betrage den Vergleich verhindern; mit der nicht angegebenen Summe oder Forderung fällt er nicht unter den Vergleich; der Schuldner verstößt durch zu niedrige Angabe oder Auslassung gegen sein eigenes Interesse. Die übertriebene oder gar erdichtete Aufstellung einer Forderung benachtheiligt nicht die übrigen Gläubiger; denn sie können nicht überstimmt werden. Uebrigens gewähren auch, und das gilt namentlich für die im Laufe des Verfahrens vorkommenden Mehrheitsbeschlüsse, die Strafvorschriften des §. 257. Nr. 2. und §. 262. Nr. 2. Schutz. Eine besondere Regelung muß für den Fall einer Rechtsnachfolge getroffen werden, wenn der Schuldner zwar die Forderung und die Summe, nicht aber die Person des Gläubigers anerkennt; jedenfalls muß der sich meldende Gläubiger die Schuld- und Erwerbsurkunde vorlegen; ist dies geschehen, so muß das freie Ermessen des Gerichts über die Zulassung desselben entscheiden (§. 244).

Für das Verfahren selbst nimmt der Entwurf, der Regel nach, einen einzigen Termin in Aussicht, in welchem über den Vergleichsvorschlag verhandelt und Beschluß gefaßt wird. Daß dieser, sowie überhaupt die Eröffnung des Verfahrens öffentlich und jedem einzelnen Gläubiger nach den für das Gemeinschuldverfahren geltenden Regeln bekannt gemacht werden muß, bedarf nicht der besonderen Begründung; die Behandlung der ausbleibenden Gläubiger ist schon Eingangs gerechtfertigt worden.

Die Wiederholung der Abstimmung über den Vergleich, wenn dieser zwar nicht einstimmig, aber doch mit drei Viertel Mehrheit angenommen worden ist (§. 248.), entspricht der ähnlichen für die Annahme eines Zwangsvergleichs in §. 177. zugelassenen Ausnahme. Für das Vergleichsverfahren muß aber auch eine Aussetzung der Abstimmung und Vertagung des Termins zugelassen werden (vergl. oben Motive S. 156); das Verfahren bietet den Gläubigern nicht dieselbe Vorbereitung, wie das Gemeinschuldverfahren; es kann sogar wegen ungenügender Aufklärung der Sachlage erst in dem Termine die Wahl anderer Vertrauensmänner erfolgt sein (§. 247. letzter Absatz). Der Entwurf faßt sonach die Möglichkeit von drei Terminen, wenngleich als Ausnahme, ins Auge; selbst in diesem Falle wird das Verfahren eine Dauer von zwei Monaten kaum überschreiten.

Bis zur Annahme des Vergleichs haben die Gläubiger ein Recht auf Durchführung des Verfahrens nicht erlangt, der Schuldner kann daher bis dahin seinen Antrag zurücknehmen. Die Gläubiger haben nur zu verlangen, daß sobald die Erfolglosigkeit des Vergleichsverfahrens sich herausstellt, die Konkurseröffnung, welche

es hatte abwenden sollen, sofort ausgesprochen werde. Erscheint der Schuldner nicht persönlich in dem Vergleichstermine oder genügt er sonst nicht den ihm gesetzlich obliegenden Pflichten, so darf das Verfahren nicht länger zum Nachtheil der Gläubiger hingezogen werden; die Vertrauensmänner sollen die Aufhebung desselben verlangen können (§. 246.); die Zulassung einer Vertretung des Schuldners statt seines persönlichen Erscheinens wird das Gericht mit der größten Strenge zu prüfen haben (§. 245). — Auch dann muß das Verfahren als vergeblich gelten, wenn nach dessen Eröffnung der Schuldner wegen Bankerutts verurtheilt oder so belastet wird, daß gegen ihn das Hauptverfahren eröffnet ist. Die Eröffnung des Vergleichsverfahrens hatte nicht blos das Fernliegen jedes Bankerutts des Schuldners zur Voraussetzung, sondern sogar die Schuldlosigkeit desselben an dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit. Für den weiteren Fortgang des Verfahrens kann zwar die gleiche Strenge nicht zur Voraussetzung gemacht werden, mit der Vollendung der Thatsachen nimmt naturgemäß die Strenge für ihre Voraussetzungen ab. Wohl aber wird die Bestätigung des Vergleichs in jedem Falle eines erwiesenen oder wahrscheinlichen Bankerutts, nicht blos wie bei dem Akkorde im Falle eines betrüglichen (§. 168. Nr. 2., §. 178.), sondern auch im Falle eines einfachen Bankerutts unzulässig erscheinen (§. 252). — In allen diesen Fällen der Vergeblichkeit des Vergleichsverfahrens, denen der Fall einer Verwerfung des Vergleichs durch die Gläubiger (§. 249.) selbstredend hinzutritt, hat sofort das Gericht durch Beschluß das Verfahren aufzuheben und gleichzeitig das Gemeinschuldverfahren zu eröffnen. Betreffs dessen gilt das oben zu §. 239. Bemerkte, mit dem Unterschiede, daß, da der vorgelegene Antrag des Schuldners durch Eröffnung des Vergleichsverfahrens Erledigung gefunden hat, hier ein anderweiter Antrag auf Eröffnung des Gemeinschuldverfahrens vom Schuldner oder von einem Gläubiger verlangt werden muß. Mit der Eröffnung des Gemeinschuldverfahrens tritt der bedingt beseitigt gewesene Gemeinschuldanspruch wieder in volle Kraft; die Zahlungseinstellung oder Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners ist nicht beseitigt worden; sie muß ihre vollen Wirkungen üben. Daraus folgt das Aufleben des Anfechtungsrechts in Gemäßheit der §§. 27—39. und des §. 54. Nr. 3. des ersten Buchs. Insbesondere werden also, was wiederholt zu betonen ist, alle Zahlungen, Pfandbestellungen, geschuldete oder begünstigende Leistungen, welche in der Zwischenzeit an einen Gemeingläubiger geschehen sind, nach Maßgabe der §§. 28. 29. anfechtbar. Es würde sich aber mit der Rechtssicherheit des Verkehrs und mit der thatsächlichen Lage von Schuldnern des Gemeinschuldners nicht vereinigen lassen, wenn gegen sie und gegen Dritte der §. 28. in vollem Umfang zur Geltung gebracht werden sollte. Dem Schuldner ist kraft des gesetzlichen Verfahrens trotz desselben

und trotz der Zahlungseinstellung die Verfügungsbefugniß belassen worden. Die Kenntniß der Zahlungseinstellung, des Vergleichsverfahrens oder eines diesem etwa vorhergegangenen, unberücksichtigt gebliebenen Konkursantrages darf daher die Rechtsgeschäfte jener Schuldner und Dritter nicht der Anfechtbarkeit aussetzen; nur die Kenntniß des jetzigen Antrags, welcher bei Aufhebung des Vergleichs- die Eröffnung des Gemeinschuld-Verfahrens herbeigeführt hat, darf es; — von einem Betruge (§. 31. Nr. 1.) ist hier nicht die Rede (§. 253). —

Liegt ein Bankerutt nicht vor, so hat das Gericht den einstimmig angenommenen Vergleich zu bestätigen. Da die Bestätigung nur feststellen soll, daß die vorgeschriebenen Förmlichkeiten beobachtet sind, so erfordert der Bestätigungsbeschluß weder eine vorgängige mündliche Verhandlung, noch die Zulassung eines Rechtsmittels (§. 250). Ueber die Wirkung des Vergleichs gegen interzedirende Dritte (§. 251.) kann auf die Motive zu §. 183. (oben S. 168, 169) verwiesen werden. Eine vorsorgliche Bestimmung nach Art des §. 176. ist entbehrlich, da hier der Vergleich die Personen und die Forderungen bestimmt.

Welchen Ausgang das Vergleichsverfahren auch haben mag, es hat immer im Interesse des Schuldners und auf seinen Antrag stattgefunden. Er muß daher unbedingt die Kosten desselben tragen. Die Kosten werden im Verhältniß zu den Kosten eines Zwangsvergleichsverfahrens, welches eine gerichtliche Feststellung der Aktiv- und der Passivmasse voraussetzt, sehr gering sein und, für den Fall das Vergleichs- in ein Gemeinschuldverfahren übergeht, von den Auslagen abgesehen nahezu fortfallen können. Die Kostensätze zu bestimmen, liegt indeß außerhalb der Aufgabe dieses Gesetzes. — Die Entschädigung der Vertrauensmänner ist nach den Grundsätzen der Entschädigung von Mitgliedern eines Gläubigerausschusses (§. 89.) und wenn ein Vertrauensmann nicht Gläubiger ist, nach Maßgabe des §. 83. festzusetzen (§. 255).

Daß endlich jedem einzelnen Gläubiger, der durch Betrug zur Eingehung des Vergleichs verleitet worden, die Betrugsklage zusteht, ist schon einleitend erwähnt. Von Rechtswegen wird eine allgemeine Nichtigkeit des bestätigten Vergleichs nur im Fall einer rechtskräftigen Verurtheilung des Schuldners wegen Bankerutts, — und zwar nach dem vorhin Bemerkten jetzt nur wegen betrüglichen Bankerutts — eintreten dürfen (§. 256). Der Fall ist von dem des §. 187. insofern verschieden, als hier von einer Wiederaufnahme des Vergleichs- oder einer unmittelbaren Eröffnung des Gemeinschuldverfahrens nicht die Rede sein kann. Die Zahlungsunfähigkeit, welche eingetreten war, ist völlig beseitigt worden. Wird der Schuldner von Neuem zahlungsunfähig, was bei der Nichtigkeit des Vergleichs leicht der Fall sein wird, so muß es den Gläubigern überlassen bleiben, auf Grund des §. 100. und §. 99. die Konkurseröffnung herbeizuführen.

Fünftes Buch.

Strafbestimmungen.

(Pr. K. O. §§. 307—309. 340. 341; Deutsches Strafgesetzbuch §§. 281—283; Einführungsgesetz §. 2. Abs. 3.)

Das Einführungsgesetz zum Deutschen Strafgesetzbuch hat in §. 2. Abs. 3. bestimmt:

> Bis zum Erlaß eines Reichsgesetzes über den Konkurs bleiben diejenigen Strafvorschriften in Kraft, welche rücksichtlich des Konkurses in Landesgesetzen enthalten sind, insoweit dieselben sich auf Handlungen beziehen, über welche das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nichts bestimmt.

Es ist bekannt, daß diese Vorschrift zu verschiedenen Zweifeln und zu der in der Literatur lebhaft erörterten Frage über das Verhältniß des Landesstrafrechts zum Reichsstrafrecht Veranlassung gegeben hat[1]). Auch die Landesgesetzgebungen sind inzwischen bemüht gewesen, der Ungewißheit durch neuere Gesetze entgegen zu treten und die Lücken des Strafgesetzbuchs, die man bei dessen Redaktion wegen der großen Verschiedenheiten des Konkursrechts übrig zu lassen genöthigt war, auszufüllen[2]). Für den Entwurf einer Deutschen Gemeinschuldordnung ist der von

---

1) Vergl. insbesondere Heinze, das Verhältniß des Reichsstrafrechts zum Landesstrafrecht S. 82, 115; L. Haller über dasselbe und Rüdorff, Kommentar S. 80 ff., 84 Nr. 6. S. 411 einerseits; andererseits Schwarze, Kommentar S. 44, Oppenhoff, Kommentar Nr. 13. zu §. 2. des Einführungsgesetzes.

2) Königreich Sachsen, Verordnung vom 10. Dezember 1870; Mecklenburg-Schwerin, Verordnung vom 21. Dezember 1870; Braunschweig und Sachsen-Meiningen, Verordnung vom 22. Dezember 1870; Bremen, Gesetz vom 24./26. April 1871; Elsaß-Lothringen, Einführungsgesetz vom 30. August 1871. Vergl. auch Hamburger Krim. Gesetzbuch vom 30. April 1869 Art. 195—198. und Einführungsgesetz §. 13.

dem Einführungsgesetz vorgesehene Zeitpunkt gekommen, die Materie der Strafbestimmungen für das Gemeinschuldrecht einheitlich und abschließend zu regeln.

Das Lückenhafte des Strafgesetzbuchs gegenüber den Bedürfnissen des Gemeinschuldrechts besteht darin, daß erstlich mehrere Handlungen, die im Gemeinschuldrecht mit Strafe bedroht werden müssen, überhaupt nicht aufgenommen sind; und zweitens, daß der Bankerutt auf Kaufleute beschränkt ist, während das Gemeinschuldrecht ihn auch auf Nichtkaufleute ausdehnen muß, zumal der Entwurf keinerlei Unterscheidung zwischen kaufmännischem und nicht kaufmännischem Konkurs adoptirt hat. Ergiebt sich aus dem ersten Umstand die Nothwendigkeit, den Bestimmungen des Strafgesetzbuchs neue Bestimmungen beizufügen, so führt der zweite Punkt dazu, die Bestimmungen des Strafgesetzbuchs innerlich auszudehnen, ihre Anwendbarkeit zu erweitern. Dabei ist aber nicht zu übersehen, daß die §§. 281—283. des Strafgesetzbuchs auch außerhalb des Konkurses ihre Wirkung haben und daß sie insoweit nicht in die Aufgabe fallen, die der Entwurf der Gemeinschuldordnung zu lösen hat. Wenn man ferner bedenkt, daß die Rücksicht auf die Gestalt des Strafprozesses, wonach neben den rechtsgelehrten Richtern Laien als Schöffen die erkennenden Strafgerichte bilden sollen, es sehr wünschenswerth macht, behufs leichterer Verständlichkeit und Uebersichtlichkeit des Rechts das Zusammengehörige auch äußerlich zusammenzuhalten, so erscheint es geboten, für die eingetretenen Gemeinschuldverhältnisse nicht neben den Strafbestimmungen des Entwurfs noch die Vorschriften des Strafgesetzbuchs bestehen zu lassen, die letzteren vielmehr unter Aufnahme ihres Inhalts nach Thatbestand und Strafmaß zu absorbiren und alle das Gemeinschuldrecht betreffenden strafbaren Handlungen aller Personen zusammen zu fassen, dergestalt, daß die Strafbestimmungen des Entwurfs mit ausschließender Kraft zur Anwendung kommen, sofern das Gemeinschuldverfahren oder das Vergleichsverfahren eröffnet worden ist, und daß die Strafbestimmungen der §§. 281. bis 283. des Strafgesetzbuchs fernerhin nur noch außerhalb dieser Verfahren anwendbar bleiben. Dann weiß der Strafrichter zweifellos, an welches Strafgesetz im gegebenen Falle er sich zu halten hat, denn die Thatfrage, ob ein Gemeinschuld- oder Vergleichsverfahren eröffnet worden ist oder nicht, ist leicht festzustellen.

In den §§. 257. 258. werden der betrügliche und einfache Bankerutt behandelt. Der begriffsmäßige Thatbestand des Bankerutts und das Strafmaß sind wesentlich in Uebereinstimmung gehalten mit den §§. 281. 283. des Strafgesetzbuchs; die Aenderungen, die diese Paragraphen hier erfahren haben, folgen aus der Ausdehnung der Strafbarkeit des Bankerutts auf alle Schuldner; aus derselben folgt insbesondere die Milderung der Nr. 2. des §. 283. dahin, daß die Unterlassung der Buchführung und die Vernichtung oder Verheimlichung der Bücher

nicht unbedingt, sondern gleich der unordentlichen Buchführung nur dann den Schuldner, auch den kaufmännischen, der Strafe aussetzt, wenn dadurch eine völlige Uebersicht des Vermögensstandes überhaupt nicht gewonnen werden kann. Die dem §. 258. unter Nr. 4. und 5. zugefügten anderen Fälle eines einfachen Bankerutts berücksichtigen die Strafbestimmungen des §. 261. Nr. 4. des Preußischen Strafgesetzbuchs von 1851, des Art. 196. Nr. 5. 6. des Hamburger Krim. Gesetzbuchs und des §. 4. und §. 5. Nr. 3. des citirten Bremer Gesetzes.

Der §. 259. betrifft das strafbare Verhalten der Schuldner gegen Einzelne; die allgemeinen Bestimmungen des Strafrechts über Betrug und Unterschlagung reichen hier nicht aus. Die Nr. 1. hat zur Voraussetzung, daß ein Gemeinschuldverfahren eröffnet ist, umfaßt also das Vergleichsverfahren nicht, weil sie eine Verletzung des in Kraft getretenen Gemeinschuldanspruchs treffen soll. Die Bestimmung mußte dem §. 29. des Entwurfs gemäß gefaßt werden, entspricht im übrigen den §§. 308. und 340. der Preußischen Konkursordnung, sowie dem §. 195. Nr. 2. b. des Hamburger Krim. Gesetzbuchs. Die Nummer 2. lehnt sich dem §. 263. des Deutschen Strafgesetzbuchs und dem §. 5. Nr. 1. 2. des Bremer Gesetzes an. Besonders nothwendig erscheint die Nr. 3, — das Verrücken des zur treuen Hand Gegebenen und das wissentliche Hineinziehen eines Absonderungsberechtigten in die Gemeinmasse (vergl. §. 6. des Bremer, Art. 195. Nr. 2. b. und 3. des Hamburger Gesetzes). Der Code de commerce art. 593. No. 5. hat diesen Fall sogar zum betrüglichen Bankerutt gerechnet.

Der §. 262. tritt der Gefährdung des Publikums durch einen Dritten entgegen, er stimmt mit §. 282. des Strafgesetzbuchs überein.

Die §§. 261. 263. bestrafen die Verletzung der dem Schuldner und den Gläubigern für das Verfahren obliegenden Pflichten; §. 263. bezieht sich wiederum nur auf »Gemeingläubiger«, auf ein Gemeinschuldverfahren; namentlich der zweite Fall kann auf das Vergleichsverfahren, welches einstimmige Annahme des Vergleichs erfordert, keine Anwendung finden. Die Preußische Konkursordnung bedroht in §§. 309. 341. die Gemeingläubiger auch dann mit Strafe, wenn sie nach erlangter Kenntniß von der Zahlungseinstellung oder dem Konkursantrage zu ihrer Begünstigung und zum Nachtheil der übrigen Gläubiger einen besonderen Vertrag mit dem Gemeinschuldner oder dessen Erben eingehen, würde also im Fall der Verletzung des §. 29. des Entwurfs wie den Gemeinschuldner (§. 259. Nr. 1.), so auch den Gläubiger strafen. Diese Vorschrift ist mit Recht in der Praxis als zu hart getadelt worden. Der Gläubiger verfolgt sein Recht; verletzt er dabei den Gemeinschuldanspruch der Uebrigen, so kann er wohl civilrechtlich unwirksam handeln, aber nicht bestraft werden; dies ist um so einleuchtender, als es in dem ein-

zelnen Falle oft schwierig genug sein wird, zu befinden, ob die Handlung, z. B. eine Annahme an Zahlungsstatt, unter den Begriff einer unstatthaften Begünstigung zu bringen ist.

Die §§. 260. 264. endlich betreffen die Mitglieder des Vorstandes oder Liquidatoren einer Aktiengesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft. Der §. 260. enthält gegen sie die Sanktion zu dem oben S. 202, 203 und 212 Angeführten; der §. 264. dehnt auf sie, sowie auf Erben die gegen Gemeinschuldner getroffenen Strafvorschriften aus.

Die übrigen Strafbestimmungen, welche die einzelnen Landesgesetze enthalten, erscheinen nicht von der Bedeutung, daß ihre Aufnahme geboten wäre.

Berlin, gedruckt in der Königlichen Geheimen Ober-Hofbuchdruckerei
(R. v. Decker).

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Motive zu dem Entwurf einer Deutschen Gemeinschuldordnung

Bd.: 2 : enthaltend das zweite bis fünfte Buch, §§ 73. bis 264. des Entwurf
s

Berlin 1873

4 J.pract. 250 v#Beibd.2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11135811-0